

A N U A R I O
D E
HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

Serie 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 1

ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

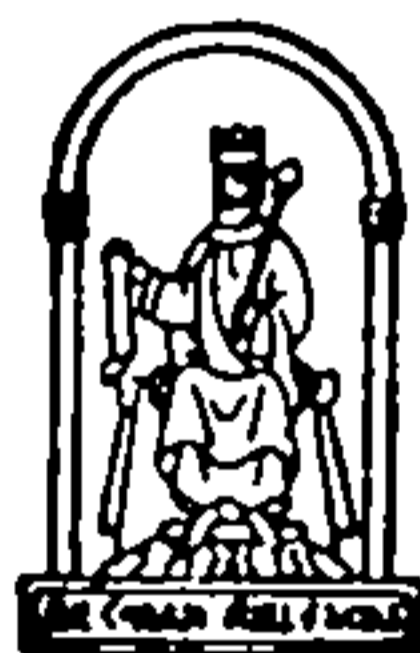
Tomo LII



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS**

ANUARIO
DE
HISTORIA DEL DERECHO
ESPAÑOL

TOMO LII



M A D R I D
1 9 8 2

ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

Fundado por Don **CLAUDIO SANCHEZ-ALBORNOZ**

CONSEJO DE DIRECCION

Excmo. y Rvdmo Sr.
FRAY JOSE LOPEZ ORTIZ

Arzobispo de Grado. Catedrático excedente de
Historia de la Iglesia y del Derecho Canónico

ALFONSO GARCIA-GALLO

Catedrático de Historia del Derecho de la
Universidad de Madrid

OSE MALDONADO Y FERNANDEZ DEL TORCO

Catedrático de Derecho Canónico de la
Universidad de Madrid

ALVARO D'ORS PEREZ-PEIX

Catedrático de Derecho Romano de la
Universidad de Navarra

Secretario

GONZALO MARTINEZ DIEZ

Catedrático de Historia de Derecho Español

Vicesecretaria

ANA MARIA BARRERO GARCIA

Colaboradora Científica del Instituto de Ciencias Jurídicas del CSIC

La correspondencia deberá dirigirse al Secretario de la Redacción del ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, 6, Madrid-14.

Para asuntos relativos a la Administración, dirigirse a la Sección de Publicaciones de dicho Instituto, en el mismo local

* * *

Para que en el ANUARIO se dé cuenta o inserte una nota crítica de alguna obra, deberán dirigirse dos ejemplares de ella a nuestra Redacción

* * *

El ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

Depósito Legal M. 529.—1958

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la inscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

EL ANTIGUO DERECHO LOCAL DE LA CIUDAD DE BALAGUER

SUMARIO: Introducción: El derecho local de Balaguer. Bibliografía y Fuentes.—I. *Los privilegios, configuración jurídico-pública de la ciudad:* 1. Las primeras franquicias condales de repoblación. 2. La crisis política del condado de Urgel y los privilegios de los soberanos catalanes. 3. La guerra civil y los privilegios condales de la casa de Cabrera. 4. Pacificación del condado urgelense. El conde Ermengol X y la ordenación administrativa de Balaguer.—II. *Las "Consuetudines Balagarii":* 5. Estructura general de su contenido. 6. Caracterización particular de sus diversos elementos. 7. Formación y desarrollo de los mismos: los Estatutos de la Paheria. 8. La revisión de los Estatutos en 1311. 9. La formación del capitulado procesal. 10. La articulación diplomática de los precedentes textos y sus anotaciones posteriores.—III. *Las "Costumbres de Lérida", fuente básica de las de Balaguer:* 11. Las "Consuetudines" de Balaguer en la familia de las "Consuetudines Ilerdenses". 12. Tabla de correspondencias entre sus diferentes textos. 13. Conexiones concretas de las Costumbres de Balaguer con las de Lérida, Horta y Miravet. 14. Filiación directa de las Costumbres de Balaguer respecto la versión originaria de las de Lérida.—IV. *Las "Ordinacions" de la municipalidad de Balaguer:* 15. La potestad reglamentaria de la paheria balaguerina. 16. La confección o renovación de Ordenanzas en 1313. 17. Contenido sustancial de las mismas. 18. Su traslación libraria en 1354 y su ulterior reunión con el *Llibre de les Consuetuts*.—APENDICES: I. "Consuetudines Balagarii" (1260-1283?).—II. Privilegio de Jaime I (1218).—III. Privilegio de Jaime I (1228).—IV. Privilegio del conde Ermengol X (1311).—V. Privilegio del conde Pedro I (1347-1408).—VI. "Ordinacions" i "Bans" de la ciudad de Balaguer (1313-1337?), -(1404-1435).

INTRODUCCION

EL DERECHO LOCAL DE BALAGUER. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

Nuestra ya inveterada preocupación por los derechos locales catalanes y el conocimiento de sus textos, nos lleva en esta ocasión a fijarnos en las fuentes constitutivas del derecho medieval de una ciudad de la Cataluña Nueva, Balaguer, centro de arraigada solera musulmana, incorporado a principios del siglo XII a los dominios cristianos en el ámbito del condado de Urgel, del que bien pronto constituiría su capital y sede de sus condes¹. Diversas motivaciones han obrado en dirigir nuestra atención al derecho balaguerino en la oportunidad de rendir justo homenaje a mi querido maestro don Luis G. de Valdeavellano, en la efeméride de su setenta y cinco aniversario. Y no es la de menor peso el que me permita asociar este homenaje al recuerdo imborrable de la que fue fiel compañera de su vida, Pilar Loscertales (e. p. d.) que nos dejó inesperadamente en dramática circunstancia. En efecto, como podremos apreciar en su lugar, el texto fundamental del derecho local balaguerino está representado por una redacción consuetudinaria estrechamente emparentada con las *Consuetudines Ilerdenses*, de Guillermo Botet (1228), colección que como es sabido fue objeto por parte de Pilar Loscertales, en la plenitud de su vida y labor de archivera, de una cuidadosa edición crítica, que ha sustituido definitivamente a las anteriormente aparecidas². La reiteradamente obligada utilización y referencia de este texto con el trasfondo de su editora, ha constituido a lo largo de la preparación de este trabajo una vivencia amable y nostálgica a la vez de la persona indudablemente más querida por nuestro maestro, receptor del presente homenaje, que estamos firmemente persuadi-

1. Balaguer, constituye en la actualidad un importante centro comarcal, capital de la Noguera, con un censo aproximado de 12.000 habitantes, cabeza de partido judicial, en la provincia de Lérida y obispado de Urgel, situado a ambos márgenes del río Segre, a 28 kilómetros de la capital de la provincia.

2. PILAR LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO: *Costumbres de Lérida*, Barcelona, 1946. Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, 82 pp.

dos compartirá gustosamente con ella, al ver evocados en primer plano su nombre y su obra.

Por otra parte, creemos de interés la presentación de estas fuentes de Derecho local de Balaguer, pues en su apuntada filiación respecto las Costumbres de Lérida, vienen a ampliar el cuadro conocido de expansión territorial de este cuerpo consuetudinario, esbozado ya en lo que respecta a la zona del Bajo Ebro por las aportaciones de Galo Sánchez³, Brocá⁴, Valls Taberner⁵, Cots y Gorchs⁶ y la más reciente de Barrero⁷ y a las zonas castellanense y valenciana por las de Gual⁸ y García Sanz⁹. Las Costumbres de Balaguer vendrían a reflejar otra dirección expansiva, ciertamente más próxima y comarcal, de aquella redacción ilerdense, pero no carecen de interés en lo que atañe a las circunstancias y formas de su recepción. Por ello, aprovechamos la presente oportunidad para exhumar materiales recogidos en varias visitas de exploración al archivo municipal de Balaguer, algunas ya distantes en el tiempo, y elaborar con el indispensable complemento bibliográfico esta nueva y modesta aportación al panorama de los derechos locales de la región catalana.

Figura la ciudad de Balaguer, entre las actuales poblaciones catalanas de su rango, como una de las poseedoras de más nutrida

3. GALO SÁNCHEZ: *Constituciones bautilie Mirabeti*, Madrid, 1915. Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, 44 pp.

4. G. M.^a DE BROCA: *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil*. Barcelona, 1918, pp. 286-289.

5. F. VALLS TABERNER, *Les Costums de la Batllia de Miravet*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. XXXII (1926), págs. 52-76, reproducido con alguna leve corrección en *Les Costums de Miravet*, Barcelona, 1926, 32 págs.

6. J. COTS y GORCHS, *Les "Consuetuds" d'Horta (avui Horta de Sant Joan) a la ratlla del Baix Aragó*, en *Estudis Universitaris Catalans*, XV (1930), págs. 304-23.

7. A. M.^a BARRERO, *Las Costumbres de Lérida, Horta y Miravet*, en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, vol. XLIV (1974), páginas 485-536.

8. M. GUAL CAMARENA, *Contribución al estudio de la territorialidad de los fueros de Valencia*, en *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón*, vol. III (1946-1947), págs. 262-289.

9. A. GARCÍA SANZ, *Las "Consuetudines Ilerdenses" y los "Furs de Valencia"* en *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, vol. XLI (1965), págs. 1-26.

historiografía local, y aunque sólo muy incidentalmente se ha proyectado en la descripción o estudio de sus fuentes jurídicas no puede ser descartada en la confección del presente trabajo. Debemos mencionar en primer término, la clásica historia de los condes de Urgel del archivero del siglo xvii, Monfar y Sors y la muy aproximada a la misma del P. Villanueva ¹⁰, obras que si bien como rezan sus títulos constituyen sendos estudios de ámbito territorial, el condado urgelense, prestan especial atención, lógicamente, a la ciudad de Balaguer, capital del mismo y ofrecen documentación singular no conocida por otras fuentes. A los tiempos modernos, y ya en el círculo estrictamente local corresponden varias obras de conjunto, con desigual valor. Así, si los Apuntes de Sábata y Anguera ¹¹, tienen poco interés para la historia medieval, los de Jiménez Catalán ¹², ofrecen en cambio datos más valiosos y aportan alguna documentación de importancia. Un tono francamente distinto de superior empaque, presenta la muy prolija y completa historia del P. Pou ¹³ con abundante documentación archivística, si bien más escasa la de índole jurídica, reducida a la referencia o publicación de algunos privilegios. De mayor interés para nosotros y dignos de especial mención son los dos modernos estudios del insigne historiador Padre Sanahuja, uno más monográfico, otro más general. En el primero ¹⁴ al presentar la formación y estructura de la ciudad medieval daba cuenta ya de los aspectos institucionales y concretamente de sus textos jurídicos. Una ampliación y complemento de aquella primera aportación, constituye el grueso ma-

10. D. MONFAR y SORS, *Historia de los condes de Urgel*, Barcelona, 1853, 2 vols. (publicada como tomos IX y X, de la *Colección de Documentos inéditos del Archivo de la Corona de Aragón*, por P. DE BOFARULL). J. VILLANUEVA, *Memorias cronológicas de los condes de Urgel*, Edición del ms. de París. Balaguer, 1976. Un buen complemento a estas dos historias clásicas del condado de Urgel lo constituye la reciente obra de E. CORREDERA, *Noticia de los condes de Urgel*, Lérida, 1973.

11. J. SABAT ANGUERA, *Apuntes para la historia de Balaguer*, Lérida, 1886.

12. M. JIMÉNEZ CATALÁN, *Apuntes para la historia de Balaguer*, Lérida, 1912.

13. J. M.^a POU I MARTÍ, O.F.M., *Historia de la ciutat de Balaguer*, Manresa, 1913.

14. P. SANAHUJA, O.F.M., *L'antiga ciutat de Balaguer*, Lleida, 1930. Vid. especialmente págs. 70-124.

nual de historia de la ciudad publicado en edición póstuma reciente¹⁵, en la que su autor despliega los resultados de una prolongada labor de investigación y estudio en archivos y bibliotecas y muestra sus dotes de experimentado historiador con capítulos especialmente dedicados a la presentación, estudio y comentario de las fuentes histórico-jurídicas, aunque no publique ninguno de sus textos. Debemos recordar, también, que uno de los elementos de este derecho local, las *Ordinacions* de la ciudad fueron objeto de presentación y publicación por parte del historiador Carreras Candi¹⁶, al cual se deben a su vez algunos estudios monográficos sobre episodios de historia urgelense que repercutieron sensiblemente en el desarrollo de la comunidad ciudadana de Balaguer y en sus relaciones con los condes¹⁷. También ha lugar a señalar aquí que un grupo de privilegios balaguerinos, los de repoblación y franquicias han sido recogidos, recientemente en nuestra colección de diplomas catalanes de tal índole¹⁸. Como colofón a este rápido repaso bibliográfico queremos dejar anotado el sugestivo ensayo interpretativo de la antigua historia de Balaguer debido al llorado historiador Durán y Sanpere¹⁹ muy sensible a la proyección de la ciudad en el desarrollo de la comarca y del país.

Según hemos apuntado, nuestra cantera principal de trabajo lo ha constituido el nutrido y valioso *Archivo Municipal de Balaguer* (= AMB), bien conservado hasta el presente por los cuidados de las autoridades ciudadanas y de sus funcionarios²⁰. Nos parece

15. P. SANAHUJA, O.F.M., *Historia de la ciutat de Balaguer*, Barcelona, 1965. Especialmente caps. XXV a XXXI.

16. F. CARRERAS CANDI, *Ordinacions urbanes de bon govern a Catalunya*, en *Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona*, XII (1926), págs. 372-380, 419-423 y 520-533.

17. Vid. sus citas correspondientes en nota 50.

18. J. M.^a FONT RÍUS, *Cartas de población y franquicia de Cataluña*, vol. I (Textos). Madrid-Barcelona, 1969. Vid. los aludidos privilegios de Balaguer en docs. n.º 50, 149, 239, 266.

19. A. DURÁN I SANPERE, *En el camí de la historia de Balaguer (Pregó de les festes del Sant Crist, any 1968)*, Balaguer, 1970.

20. Aprovechamos la oportunidad de esta referencia para dejar constancia de nuestra gratitud a los Secretarios del Ayuntamiento de Balaguer, Don Juan Canal y —de modo señalado— al actual Don Emilio

indispensable ofrecer una sumaria referencia a las series de sus fondos, especialmente los de directo interés para el presente estudio, a fin de facilitar las continuadas referencias a sus textos ²¹.

A) Volúmenes

I. *Llibre de Consuetuts, privilegis i Ordinacions*. Valioso códice en pergamino con escritura gótica y policromada del siglo XIV, compuesto de 82 folios numerados correlativamente en cifras romanas, si bien en realidad bajo la actual encuadernación con fuertes cubiertas de maderas, se integran seguramente dos antiguos libros o cuadernos originariamente independientes, el primero abarcando de los folios 1-21v^o, el segundo del 24r, al final ²². No lleva título alguno, pero los autores le han dado esta o semejante titulación en atención a su contenido ²³, ya que comprende realmente los principales elementos del Derecho local balaguerino ²⁴.

Gumiel, por las facilidades que nos han dado y las atenciones que han tenido para nosotros en nuestra labor investigadora en el Archivo.

21. Una muy sucinta reseña del contenido de este archivo se publicó, años atrás, en el *Anuari de l'Institut d'Estudis Catalans*, vol. V (1913-14), págs. XXIX, a cargo de A. Rubió y Lluch y R. d'Alós.

22. Vid. una cumplida descripción bibliográfica de este manuscrito en SANAHUJA, *Historia de Balaguer*, págs. 267-270.

23. POU, *Historia...de Balaguer*, pág. 56 y ss. lo cita como "Llibre de les Consuetuts e Ordinacions de la ciutat de Balaguer. D. CARROVE, en *Plà i Muntanya*, n.º 116 (3-XI-1929), pág. 13, lo describe brevemente, como "Llibre de Privilegis, Consuetuts i Ordinacions". El P. SANAHUJA, en *L'Antiga ciutat de Balaguer*, passim, acepta este título, pero utiliza preferentemente el de *Llibre dels Juraments* (así también en su *Historia de... Balaguer*, pág. 267 y ss.) por creer fundadamente que ante su primer folio útil, con el grabado policromo del Crucifijo y los adjuntos textos evangélicos, juraban los paheres de la ciudad en el inicio de su cargo la fiel observancia de los preceptos en el mismo contenidos.

24. He aquí un rápido sumario de dicho contenido:

Fol. Vv^o Grabado del Calvario y textos evangélicos.

Fol. VI-XIv^o Calendario eclesiástico.

Fol. XII-XXr^o "Consuetudines Balagarii".

Fol. XXv^o-XXIv^o Privilegio del conde Pedro I de Urgel sobre entrada de vino (s. XIV-XV).

II. *Llibre de Privilegis* (o *Llibre II de Privilegis* como le llama también el P. Sanahuja para distinguirlo del anterior). Volumen manuscrito en papel, en buena letra de fines del siglo XIV y principios del XV. Tiene 232 folios, de los que quedan en blanco los últimos 48. Comprende fundamentalmente transcripciones de privilegios y franquicias concedidos a la ciudad, aparte algunos otros documentos de índole análoga

III. *Cartoral de Privilegis*. En rigor, más que un volumen, es el Legajo 219 del Archivo, conservado en una caja y comprensivo de dos cuadernos en papel, con letra del siglo XVIII: a) Copia íntegra del *Llibre de Consuetuts, privilegis i Ordinacions*; b) copia casi íntegra del *Llibre de Privilegis*.

B) Pergaminos²⁵

Están clasificados en dos series:

a) Pergaminos que contienen Privilegios núms. 1-68 (años 1211 a 1684). Figuran originales o traslados de buen número de los privilegios condales y reales concedidos a la ciudad, algunos de ellos, reproducidos en el mencionado *Llibre de Privilegis*²⁶.

Fol. XXIV-LXIII. "Ordinacions" y "bans" de la ciudad (1313). Transcripción de 1354.

Fol. LXIV-LXV^o. "Ordinacions" de 1435, añadidas a la anterior transcripción.

25. Vid. el amplio y circunstanciado inventario de este repertorio, confeccionado por el P. Pedro SANAHUJA, en *Ayuntamiento de Balaguer. Memoria de la gestión municipal, 1940-1945*, Lérida, 1946, Apéndice II, págs. 33-92.

26. Debemos señalar el interés singular ofrecido por el Pergamino n.º 19, que contiene un Inventario de los privilegios de la ciudad levantado notarialmente a 5 de diciembre de 1328, con reseña de los existentes a la sazón, en el Archivo de la Pachería, y que ascendían al número de 45, de los cuales sólo se conservan en la actualidad nueve en la presente serie de pergaminos y dos más en el "*Llibre de Privilegis*". Resulta por ello muy valiosa heurísticamente la reseña de los 30 y tantos restantes, que nos permite recuperar o identificar, de modo parcial ciertamente, buen número de privilegios integrables en la historia jurídica de Balaguer. Para las citas de los mismos, a efectuar en adelante, aparte de la referencia general al "Inventario municipal de 1328" añadiremos el número de orden, entre [] con que aparecen reseñados.

b) Pergaminos diversos núms. 1-238 (años 1155 a 1719). Aunque no tienen el carácter de privilegios municipales, ofrecen los de la época medieval un notorio interés, pues muchos de ellos proceden también de los condes o soberanos, con ordenaciones diversas a favor de particulares o en relación con aspectos urbanos, y otros recogen actuaciones o reclamaciones de los organismos municipales.

Sentadas estas notas de introducción metodológica, nos queda sólo por precisar el alcance de nuestro estudio que intenta ceñirse al examen del desarrollo y plasmación del derecho local de la ciudad de Balaguer en sus fundamentales manifestaciones normativas, durante el período formativo de su personalidad comunal (siglos XII-XIV). Son a saber aquellas: a) Privilegios otorgados a la ciudad por los condes de Urgel y algunos soberanos catalanes; b) la redacción usuaria de las «Consuetudines Balagarii», y c) las «Ordinacions» urbanas emanadas de la propia municipalidad en el momento inicial de su estructuración. Hubiéramos deseado completar la exposición de este derecho con la edición total de sus textos, pero las características de la presente publicación, nos invita a limitarla a la de los textos inéditos, que acompañamos en el *Apéndice* final del estudio.

I

LOS PRIVILEGIOS DE BALAGUER, ORDENACION JURIDICO-PUBLICA DE LA CIUDAD

1. La antigua e imponente fortaleza de Balaguer, erigida sobre el río Segre por los caudillos sarracenos de Lérida, a fines del siglo IX, había sido incorporada a los dominios cristianos del condado de Urgel tras laboriosos esfuerzos de sus condes en los primeros años del siglo XII, como coronamiento de la expansión meri-

Debemos pensar, a su vez, que son numerosos también los pergaminos anteriores a 1328, conservados actualmente en esta serie de Privilegios, y que no figuran reseñados en el Inventario de dicho año a que venimos refiriéndonos.

dional de sus territorios y punta de flecha hacia la dominación de la capital ilderdense.

No corresponde a este lugar el detalle de los episodios y vicisitudes que tras sucesivas ocupaciones y pérdidas de la fortaleza condujeron a su definitivo dominio cristiano en los primeros días del año 1106. En otra parte²⁷ tuvimos ocasión de presentar las líneas fundamentales de estas operaciones de recuperación e inicial poblamiento de la ciudad, apoyados básicamente en la selecta historiografía balaguerina ya aludida²⁸ y a la que nos remitimos para mayor precisión de los acontecimientos que prepararon y pusieron en marcha la restauración de Balaguer y su término.

La definitiva posesión de la ciudad en 1106 por el conde Ermen- gol VI, *el de Castilla*, bajo la tutela de su abuelo, D. Pedro Ansúrez, marca el punto de partida de esta restauración, difícil y precaria durante mucho tiempo, por la inseguridad de la plaza ante la inmediata frontera musulmana que rodeaba y defendía la capital de Lérida. La eficaz colaboración prestada a la reconquista, primeramente, y a la defensa y recuperación de la ciudad después, por parte de importantes personajes del condado, principalmente el gran auxiliar del conde, Guerau de Cabrera, vizconde de Gerona y señor de Ager, así como del obispo de Urgel, San Odon, entrañó la participación de estos magnates en el dominio de la misma como señores alodiales o feudatarios de la fortaleza y diversas partes del término, según complicados convenios operados a raíz de aquellas ocupaciones y primeras etapas de la nueva vida de Balaguer y que se extendieron pronto a otros caballeros custodios y defensores de la plaza. Un cierto régimen señorial-militar presidiría la reorganización de la ciudad y su territorio y se reflejaría en la titularidad de los primeros privilegios y concesiones otorgados a la naciente comunidad vecinal. Más tarde, entrado el siglo XIII, las peripecias derivadas de las luchas por la posesión del condado de Urgel, como efecto de diversas crisis políticas por que atravesó el mismo, se proyectaron también en las episódicas dominaciones de

27. FONT RÍUS, J. M., *Cartas de población y franquicia de Cataluña*, págs. 717 y ss.

28. Vid. supra notas 10 y ss. De manera especial, cf. SANAHUJA, *Historia de... Balaguer*, págs. 99 y ss., págs. 137 y ss.

Balaguer y el consiguiente libramiento de privilegios por sus ocasionales señores, nominales o efectivos.

La ciudad de Balaguer adquirió bien pronto la condición de capital del condado urgelense y sede ordinaria de sus titulares, debida al valor geopolítico que tenía para éstos, tras el abandono de su originario centro pirenaico: la ciudad de Urgel (Seo de Urgel actual), en favor del poder episcopal. Esto junto con la posición estratégica de aquélla, en el área de la Cataluña Nueva, explicarían el creciente impulso imprimido por sus condes a la promoción de la comunidad vecinal y a su configuración jurídico pública, a medida que consolidaban su señorío sobre la misma.

Este proceso de reorganización social y jurídica de Balaguer, se desarrolló muy precariamente durante la primera mitad del siglo XII, por la aludida situación de inseguridad, y a penas podemos detectar en este tiempo más que algunos intentos particulares de repoblación de la ciudad y su circundo, por parte de los condes y señores feudales de la misma²⁹. Pero la conquista de la ciudad y territorio de Lérida, en 1149, llevada a cabo por el conde barcelonés Ramón Berenguer IV con la eficiente ayuda del citado conde Ermengol VI y otros caballeros urgelenses significó para Balaguer el inicio de una etapa de paz y tranquilo desenvolvimiento y para los condes de Urgel, un notorio incremento de su poder político al participar en el señorío de Lérida como feudatarios de la ciudad por el conde de Barcelona, además de propietarios alodiales de su tercera parte. Esta intervención de los condes de Urgel en el go-

29. Vid. FONT, *Ob. cit.*, pág. 718. Podemos recordar, como primer intento conocido, la subinfeudación de la cuarta parte de la ciudad correspondiente al vizconde Guerau a favor del caballero Arnau Berenguer de Anglesola, en 6 de abril de 1106, con previsión de establecimiento en la misma de *pageses*, caballeros, mercaderes, judíos, francos y moros, así como la instalación de tiendas, casales y molinos (Publica el documento POU, *Historia de Balaguer*, págs. 330-332). Mayor interés puede ofrecer el establecimiento de un grupo de caballeros o simples defensores de la ciudad en los días difíciles de su asedio y resistencia, efectuado en junio de 1118 por el conde Ermengol con asenso del vizconde y el obispo, mediante la donación alodial a dicho grupo, de diversas partidas en el término rural de Balaguer. Esta carta-donación sería considerada como el privilegio inicial de la comunidad balaguerina, cabeza del elenco compendiado de los mismos, incluido en su día en las *Consuetudines* como *Prima Carta* (Vid. *Apéndice I*, n.º [1]).

bierno y vida pública de la ciudad y término de Lérida, que no terminaría hasta entrado el siglo XIII, por el acuerdo entre Jaime I y la condesa D.^a Aurembiaix³⁰, que reintegraba la plenitud de su señorío a la Corona, puede explicar, junto con otros factores de índole geo-histórica, las manifiestas influencias operadas por el nuevo régimen jurídico ilerdense sobre el de la también naciente y vecina ciudad de Balaguer, sede de dichos condes.

El nuevo clima de paz y seguridad facilitaría el progresivo asentamiento en Balaguer de grupos de pobladores diversos, como prosecución de aquella inicial y esporádica atracción inmigratoria detectada ya a principios de siglo (Vid. nota 29), así como el consiguiente proceso de configuración de una personalidad jurídico-pública, en el seno de la colectividad vecinal. Este desarrollo social y político de la ciudad, durante la segunda mitad del siglo XIII, se refleja por una parte en la presencia y actuación efectiva de dicha comunidad vecinal, a través de su sector más destacado, los *probi homines*, en diversas cuestiones de interés comunal, no de manera autónoma todavía, sino más bien a modo de colaboración asociada a la gestión de los condes³¹. Y por otra parte, en la recepción, en el año 1174, de manos de los condes Ermengol VII y Dulcia, con asenso de los caballeros que bajo sus órdenes regían

30. El convenio, firmado a 1.º de agosto de 1228 (MONFAR, *Historia condes de Urgel*, I, pág. 463) se inscribe en el contexto de los conflictos y luchas derivadas del discutido señorío de la citada condesa sobre el condado de Urgel por parte del vizconde Guerau y su hijo Ponç, con intervención de los reyes catalano-aragoneses, a los que se aludirá seguidamente.

31. Advertimos, en efecto, cómo en 1155 los condes Ermengol VII y Dulcia "in unum cum omnes seniores et omnes homines Balagarii tam magni quam parvi, nos insimul in unum", cedían a ocho vecinos la posesión de la *cequia* de la huerta balaguerina, con adición de los debidos pactos sobre explotación de la misma en favor de todos los regantes. En la suscripción del documento figuran a su vez las firmas de seis vecinos, "nos simul et alii tam magni quam parvi..." (AMB Pergaminos, serie Diversos, n.º 1, en traslados de 1309). Y unos treinta años más tarde (1189), los condes sucesores de aquéllos, Ermengol VIII y Elvira, respaldaban la actuación de los *probi homines* de Balaguer —calificando explícitamente como tales, un grupo de siete vecinos— en la donación que en su nombre habían efectuado de una heredad en el Plà a favor de un grupo de 18 individuos, con cargo de edificar y conservar la muralla de defensa urbana en el sector contiguo a dicha heredad (AMB Pergaminos: serie Diversos, n.º 5).

la ciudad, de una verdadera carta de población y franquicias que, con cierto eco de la concedida por sus padres a Lérida (1150) y por ellos mismos a Agramunt (1163), señalaba a «omnibus populatoribus Balagarii» las líneas básicas de su estatuto civil y de sus relaciones políticas, judiciales y fiscales con la autoridad condal³². Un cierto complemento de esta carta lo constituiría el privilegio otorgado pocos decenios después (entre 1184-1186), por la mencionada condesa Dulcia y su hijo menor Ermengol VIII, desterrando la aplicación procesal de las ordalías del hierro candente y del agua caliente o fría en la ciudad y su término³³.

2. La muerte, sin sucesión masculina, de Ermengol VIII en 1209, desencadenó la primera de las grandes crisis políticas que agitaron el condado de Urgel durante casi todo el siglo, con las consiguientes repercusiones en el dominio de la ciudad de Balaguer, su centro y capital y que acabarían con su incorporación a la Corona³⁴. La negativa a reconocer los derechos de la hija del fallecido conde, D.^a Aurembiaix, por parte del vizconde Guerau de Cabrera, que se apoderó de la ciudad, obligó a la condesa viuda D.^a Elvira a ceder el condado al rey Pedro *el Católico*, sin perjuicio de los derechos de aquélla. Y dicho monarca, en 1211, al tomar posesión de la misma, tras expulsar al vizconde procedió a conceder a sus habitantes un privilegio esencialmente confirmatorio de la carta de franquicias de 1174, aparte del establecimiento de mercado y ferias y exención de impuestos de tránsito³⁵, privilegio

32. Su texto en FONT, *Cartas de población*, I, pág. 208, doc. 149. La trascendencia de este privilegio se acusa en su amplia recensión como *Secunda carta* dentro del citado repertorio de privilegios con que se encabezaban las *Consuetudines*. Vid. Apéndice I, n.º [2].

Las aludidas cartas pueblas de Lérida y Agramunt, también en FONT, *Ob. cit.*, pág. 129, doc. 70, y pág. 176, doc. 122, respectivamente.

33. AMB. *Llibre de Consuetuts*. Referenciada en el resumen de privilegios del mismo, como *Tertia carta*. Vid. Apéndice I, n.º [3].

34. Remitimos, para el desarrollo episódico de estas crisis, aparte de las referencias de la historiografía balaguerina (especialmente de la *Historia de... Balaguer*, del P. Sanahuja, caps. XXVII y XXVIII), a la mencionada obra de MONFAR, *Historia de los condes de Urgel I*, págs. 238-508, y como inteligente y crítico resumen moderno, a la de S. SOBREQUES, *Els barons de Catalunya*, Barcelona, 1961, págs. 73 y ss.

35. FONT, *Cartas de población*, pág. 326, doc. 234. Se incluye en el

confirmado a su vez, en 1228, por su hijo Jaime I en ocasión de ocupar nuevamente el condado y la ciudad de Balaguer para reponer a la condesa Aurembiaix, desposeída de nuevo por el vizconde Guerau³⁶. Durante esta prolongada etapa de intermitencias en la posesión efectiva de Balaguer y del condado urgelense por parte del rey Jaime como protector de Aurembiaix o como señor superior del mismo, y por la de los vizcondes de la casa de Cabrera en lucha con aquél, registramos el otorgamiento de otros privilegios a la comunidad balaguerina por ambos pretendientes. Jaime I en 1218 autorizaba a «universis hominibus de Balagario» la extracción del agua del Segre en los términos de Camarasa y Merita para regar los llanos de Vilanova y de Ció³⁷; en 1232 efectuaba confirmación general de los usos, costumbres y libertades de la ciudad³⁸ y en 1236, una franquicia temporal de servicios reales o vecinales³⁹. Y por su parte, Ponç, hijo del vizconde de Guerau, quien actuaba de hecho como conde, otorgaba a los *probi homines* de la ciudad, en diciembre de 1227, semejante confirmación de las libertades y franquicias que sus antecesores y especialmente su padre Guerau les habían concedido «cum cartis et sine cartis»⁴⁰.

3. Muerta ya Aurembiaix (1231), por el convenio celebrado en Tárrega en 1236 reconocía Jaime I a Ponç de Cabrera como conde feudatario de Urgel, pero con retención de la ciudad de Balaguer,

mentado resumen, como integrante de la de la *Séptima Carta*. Vid. Apéndice I, n.º [7].

36. AMB. *Llibre de Privilegis*, fol. 64, en traslado de 1230, y resumido en la *Séptima Carta* del preámbulo de las *Consuetudines*. Por su condición de inédito lo publicamos íntegramente en nuestro Apéndice III.

37. AMB. *Llibre de Privilegis*, fol. 66vº, resumido como *Quarta carta*, en el preámbulo de las *Consuetudines*. También, por su condición de inédito ofrecemos su texto íntegro en nuestro Apéndice II.

38. AMB. Referenciado en Inventario de privilegios de 1328, contenido en el Pergamino de privilegios n.º 19, bajo numeración [10], y resumido como *Octava carta*, en el repertorio inicial de las *Consuetudines*. Vid. Apéndice I n.º [8].

39. Resumida asimismo, en el referido repertorio, como *Nona carta*. Su texto íntegro, en FONT, *Cartas de población*, pág. 384, doc. n.º 266.

40. AMB. Referenciada en el aludido Inventario de 1328 bajo el ordinal [12] y resumido en la *Quinta carta* del preámbulo de las *Consuetudines*. Vid. sobre la adecuación de esta fecha de otorgamiento y de su titular, SOBREQUES, *Els barons de Catalunya*, pág. 75, y su nota 9.

que le devolvía finalmente en 1242. Se instalaba así definitivamente en el condado, sustituyendo al linaje de los Ermengoles, descendientes del tronco de Vifredo el Velloso la dinastía de sus antiguos vizcondes, señores de Ager, que había de perdurar hasta principios del siglo XIV y que se mostraría notoriamente abierta a la promoción jurídico-pública de la capital del mismo. De este primer conde de la rama Cabrera, recibió Balaguer por lo menos dos privilegios, uno sin fecha precisa, que contendría un extremo de derecho penal⁴¹ y otro, de los últimos días de su vida, enero de 1244, por el que reiteraba a la *universitas proborum hominum Balagarii* —se advierte ya una cierta madurez en la representación corporativa de la ciudad— la antigua concesión de mercado y ferias establecida por privilegio de Pedro I (1211), pero fijando la celebración de éstas, en el día de San Bartolomé⁴². Pocos días después del fallecimiento de Ponç, seguramente el 1.º de febrero de dicho año 1244, la condesa viuda, D.^a María, en unión con su hijo menor Ermengol IX, seguramente como inicio de su gobierno, confirmaba a la *universitas Balagarii* el anterior privilegio junto con todas las demás franquicias e inmunidades a ellas concedidas⁴³.

Pero, muerto Ermengol a los pocos meses —tal vez pocos días— de su gobierno, pasó el condado a manos de su hermano Alvaro, menor de edad y bajo tutela de los nobles Ramón Berenguer de Ager y principalmente, Jaime de Cervera, que de hecho

41. La existencia de tal privilegio, la inducimos de la escueta referencia incluida en el cap. final de las *Consuetudines*. Vid. Apéndice I, cap. [65]. Por lo que acabamos de indicar, parece oportuno situarlo entre 1242-1244.

42. AMB. El privilegio, referenciado en el Inventario de 1328 fue resumido dentro de la *Séptima Carta* del preámbulo de las *Consuetudines*. Vid. Apéndice I, n.º [7].

43. AMB. De manera semejante, este privilegio sólo lo conocemos por su referencia en el Inventario de 1328 (cita de n.º [26]), y su recensión en el preámbulo de las *Consuetudines*, repartido entre las rúbricas de la *Sexta* y *Séptima* cartas.

Debe precisarse que damos la fecha indicada como muy probable, pues el conde Ermengol murió dentro aquel mismo año 1244, por lo que la adjudicación en el referido Inventario, de tal privilegio a las kalendas de febrero de 1219 —evidentemente errónea en cuanto a año— obliga a sustituirla por la que ofrecemos.

sería el regente del mismo. En 1252, a los catorce años, tomó posesión del condado, y en septiembre del propio año, confirmaba a la *universitas proborum hominum* de Balaguer, siguiendo la costumbre de sus predecesores, al iniciar el mandato, «omnes libertates et privilegia et immunitates» de dicha ciudad⁴⁴.

Los conflictos familiares en que se vio envuelto el conde Alvaro por razón de su doble matrimonio, objeto de condenas eclesiásticas y profundas discordias civiles entre los respectivos linajes nobiliarios de sus esposas, con la decisiva intervención del rey Jaime I en ellas, marcan el inicio de una nueva crisis política en la vida del condado urgelense que no se cerraría hasta la época de su sucesor. En los primeros años de su gobierno, de relativa tranquilidad todavía, prodigó su atención a la ciudad de Balaguer, la cual en 1253, recibió del mismo dos privilegios concernientes a la regulación de aspectos concretos en el campo civil y procesal⁴⁵, y pocos años después, en septiembre de 1256, otro por el que se le concedía protección y seguridad en el tráfico civil y mercantil de bienes, amén de ratificar los anteriores privilegios y libertades⁴⁶. Es posible que a uno de los años inmediatos (tal vez hacia 1259), correspondiera otro privilegio sin fecha conocida, por el que, con reiteración de una cláusula del anterior, ofrecía salvaguarda a las personas y bienes de los vecinos y concurrentes a la ciudad, prohibiendo toda destrucción de edificios o heredades, salvo los pertenecientes a acusados de crímenes graves⁴⁷. Pero en 1259 se

44. Referencia en el Inventario de 1328, bajo orden de n.º [27] y resumida como *Undécima Carta* en el prefacio de las *Consuetudines*. El privilegio lo otorgaba el conde Alvaro, reconociendo haber salido de la edad pupilar, pero todavía con el asenso de los dos mentados tutores.

45. Por el primero, fechado a 13 de julio, concedió una sola prórroga de un mes a los deudores, fiadores y predatarios; por el segundo, de 7 de septiembre, concedía una reducción de la *faticha* procesal (pena de los no concurrentes en el plazo fijado) de 60 a 10 sueldos (A.M.B. Referencias en el Inventario municipal de 1328, bajo orden [23] y [17], respectivamente. Este último probablemente es el resumido como *Tertio-decima carta*, en las referidas *Consuetudines*).

46. Archivo Municipal de Balaguer. Reseñado en el Inventario de 1328, bajo orden [28]. Tal vez corresponda al resumido como *Decima Carta* en el preámbulo de las *Consuetudines*. El conde actuaba aquí todavía con el asenso de su curador, Jaime de Cervera.

47. Nos referimos al privilegio resumido en la *Quatuordecima* y últi-

encendía la guerra entre las facciones nobiliarias partidarias respectivamente del conde y del rey, como consecuencia de la escandalosa conducta familiar de aquél, y el soberano invadía el condado, apoderándose de varios castillos y localidades, entre ellos de Balaguer. A fines de aquel año todavía se hallaba ésta en poder del rey, como se deduce del privilegio que en 8 de diciembre dirigía el conde a los *probi homines* de la misma, absolviéndoles de la orden que les había dado anteriormente de abandonar sus domicilios con todos sus bienes «pro eo quod dominus rex Aragonum violenter retinet potestatem castrum de Balagario», y ofreciéndoles en cambio su especial protección y seguridad «quousque nos castrum et villam Balagarii recuperata habeamus»⁴⁸. La tregua a que se llegó en 1260, podría explicar el otorgamiento por el conde a los mencionados *probi homines* de Balaguer, del privilegio de mediados de septiembre de 1261, con exención de toda «questia» de trigo a favor del mismo⁴⁹.

Los últimos años de la vida del conde Alvaro colmaron sus desgracias, que no cesaron hasta su fallecimiento en 1268, aruinado y desposeído de sus dominios, ocupados por el monarca en su mayor parte. Esta situación se prolongó en los primeros años del gobierno de su hijo Ermengol X, quien en 1274 al frente de una coalición de magnates se levantaba contra el soberano, extendiéndose con ello nuevamente la guerra en el Urgel. Con diversos alti-

ma carta del conjunto que precede a las *Consuetudines*, y que no hemos podido identificar por falta de toda otra referencia más concreta. Optamos por esta probable fecha de 1259, como tope al período de regular dominación de la ciudad y condado, y habida cuenta de recogerse en él, una cláusula anterior (de 1256). Y aunque todavía se registrará (vid. nota 49) otro privilegio del conde a la ciudad, en un intervalo de tregua (1261), al constituir aquél el último de los calendados en el referido preámbulo de las *Consuetudines*, nos hace pensar que no sería posterior a la fecha asignada.

48. AMB. *Llibre de Privilegis*, fol. 72-73vº. El conde manifiesta formular aquella declaración atendiendo el gran daño y la destrucción de Balaguer ocasionado por su anterior mandato, y a ruegos del noble B. de Ribelles, su fiel curador Jaime de Cervera y de otros amigos, queriendo que sus vecinos permanezcan en sus casas de la ciudad y términos, salvos y seguros.

49. AMB. Referencia en el Inventario de privilegios de 1328, bajo orden de n.º [18].

bajos, tal actitud de rebeldía se mantuvo tras la muerte de Jaime I y alcanzó su punto culminante con la ofensiva que su hijo, Pedro *el Grande* lanzó contra los conjurados, que, tras una corta pero dura lucha de asedio de la ciudad de Balaguer, en la que aquéllos se habían hecho fuertes, fueron derrotados y capturados a mediados de julio de 1280. La hábil política del rey Pedro y su hijo el infante Alfonso lograron no sólo la pacificación del país, sino también la vuelta de los principales magnates rebeldes a su fidelidad y a la colaboración en sus empresas ⁵⁰.

4. Respecto al condado de Urgel, concretamente, esta pacificación supuso la recuperación del mismo por el conde sucesor de Alvaro, Ermengol X, quien, en los primeros días de enero de 1284, según la vieja costumbre, podía efectuar confirmación y juramento de observancia de las libertades y franquicias que poseían los habitantes de Balaguer y su término por cesión de su padre y demás antecesores suyos ⁵¹.

El gobierno del conde Ermengol X, a caballo entre los dos siglos (1284-1314), resultó, sin duda significativo en el coronamiento del desarrollo social y político de la comunidad balagueirina. Es posible que ya antes de su efectivo mandato, en las etapas anteriores de gobierno nominal del mismo y de su padre Alvaro, el período de luchas y alternativas en la tenencia y abandono de la ciudad de Balaguer —y de gran parte del condado— hubiese favorecido la maduración de la personalidad comunitaria de la misma, al tener que vivir un poco a su suerte. Incluso es posible que se organizara en régimen autónomo bajo la forma de *paheria*, fijando por escrito los estatutos de la misma junto con la reunión de los privilegios obtenidos de sus condes, y tal vez también una breve recensión de normas de la práctica procesal en la curia del

50. Una vez más remitimos para estos episodios de la guerra nobiliaria en Urgel a la historiografía ya citada en nota 34. Puede añadirse, para esta última etapa, los trabajos de F. CARRERAS CANDI, *Rebelió de la noblesa catalana contra Jaume I, en 1259*, en *Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona*, vol. VI (1911-12), págs. 361-374 y 502-540, *Caciquisme polític en lo segle XIII. III: Famós siti de Balaguer en 1280*, en el mismo *Boletín*, vol. III (1905-1906), págs. 70-79, 134-143, 173-185 y *Lo siti de Balaguer del 1280*, en *Miscel·lanea historia catalana*, II (Barcelona, 1918), págs. 33-56.

51. AMB. Privilegios, pergamino n.º 2.

«batlle»⁵². Consta, de modo positivo, que el conde Ermengol se opuso luego a dicho régimen de pahería y perturbó su normal funcionamiento durante los primeros años de su gobierno, pero en cambio siguió actuando como antes la *universitas proborum hominum* de la ciudad, la cual mostró su presencia —activa o pasiva— en diversos acontecimientos de la vida social, económica y política de la misma, algunos de ellos vinculados con actos de gobierno del conde Ermengol. Es relativamente considerable el número de privilegios —conservados o simplemente referenciados— dirigidos por dicho conde a la ciudad de Balaguer, entre 1286 y 1311, concernientes en su mayor parte al encauzamiento de intereses económicos y vecinales de la misma: ordenación de mercados y ferias⁵³, carnicerías⁵⁴, abastecimiento de vinos⁵⁵, casas de juego⁵⁶, regadíos⁵⁷, exenciones de determinados impuestos o pres-

52. Vid. lo que a este respecto, exponemos oportunamente al tratar de modo central de estos textos, en pág. 36. Quede ya señalado, en este lugar que con los del conde Alvaro, se cierra el compendio o resumen de los privilegios recibidos por la ciudad que precedía a la redacción de las *Consuetudines* a que nos hemos tenido que referir tan reiteradamente. El último conocido de Alvaro (1261) y los de Ermengol X ya no entraron en dicha recolección.

53. 1296, septiembre, 11. Concesión de la segunda feria o del “returnum”, a celebrar durante seis días, a partir de San Martín de Noviembre (AMB, Privilegios, perg. n.º 5, reproducido en *Llibre de Privilegis*, fol. 89, según traslado de 1302. Publica su texto POU, *Historia de Balaguer*, pág. 341, ap. XX).

54. Hacia 1308, mantenía la ciudad un litigio con los *carnifices* de la misma, defendiendo aquélla el derecho a poner *tabulas* en cualquier parte de la localidad, además del *macellum* público frente al pretendido monopolio de los carniceros en dicho *macellum*, litigio que fue resuelto el 5 de abril de dicho año por un juez delegado del conde a tal efecto (A.M.P., *Privilegios*, pergamino n.º 6) y confirmado por este último en 8 de junio de 1310 (Id. id. Pergaminos diversos n.º 14 y *Llibre de Privilegis*, folio 103vº).

55. En febrero de 1288, la *universitas* de los *probi homines* acordó prohibir la entrada de vino forastero en la ciudad durante el período del año comprendido entre Todos los Santos y Pascua (AMB, Referencia en Pergaminos de Privilegios n.º 19, Inventario de 1328, bajo orden n.º [34]), decisión que años más tarde, en 1309, sería homologada por privilegio del conde Ermengol, con ampliación de plazo (Id. id. id. bajo n.º [35]).

56. El conde había autorizado, antes de 1308 el funcionamiento de una *Tritxeria*, establecimiento público de juego en la ciudad. Pero a 30 de

taciones⁵⁸, etc., etc.⁵⁹. La mayor parte de tales privilegios constan explícitamente destinados a la *universitas proborum hominum* o a los *probi homines* de Balaguer⁶⁰, y en algunos se precisa efectuarse su concesión por los servicios recibidos de la ciudad⁶¹, o en atención a los daños o beneficios que pueden reportarle⁶². La existencia y funcionamiento de aquellos establecimientos o actividades objeto de los respectivos privilegios denotan un animado movimiento vecinal y un desarrollo de la vida pública local que tendría su expresión en la referida *universitas* de sus *probi homines* y en la representación particular de la misma para asuntos

junio de dicho año revocaba aquella autorización, si bien permitía que pudiera jugarse en casas particulares, plazas, calles... (AMB, *Llibre de Privilegis*, fol. 102. Publican el texto VILLANUEVA, *Memorias cronológicas de los condes de Urgel*, pág. 346, doc. XXXIII, del archivo balaguerino, y ya antes, y tomándolo de una copia de Caresmar, POU, *Historia de Balaguer*, pág. 343, ap. XXI).

57. 1287, agosto 27. Promesa del conde Ermengol a los *probi homines* de Balaguer, de darles agua suficiente para regar las huertas de Ció y Vilanova, a sus propias expensas (AMB. Referencia en Inventario de 1328, bajo n.º 9).

58. 1287, marzo, 23. Promesa del conde a los prohombres de Balaguer, de no obligarles al servicio de acémilas ni de acarreo de trigo o cualquier otro producto, ni pedirles ayuda para ninguna obra de dentro o fuera de la ciudad (AMB. Privilegios, Pergamino n.º 3 y *Llibre de Privilegis*, fol. 76, en traslado de 1318).

59. Otros privilegios relativos al *status* público de los ciudadanos serían, p. e., el de 1286, en que mandaba el conde a "batlles" y "sagiones" que no prendaran armas dentro o fuera de la ciudad, y el de 1296, concediendo a la *universitas*, que nunca se pudiera hacer allí una "inquisitionem generalem" (AMB. Referencias en Inventario de 1328, bajo n.º [14] y [24] respectivamente).

60. Así, p. e., los de concesión de feria, de 1296; de exención de acémilas, acarreos, etc., así como el de concesión de aguas para regadío, ambos de 1287, etc.

61. "...considerantes...servicia que vos probi homines civitatis Balagarii et vestri predecessores nobis nostrisque predecessoribus exhibuistis", se lee en el citado privilegio de la feria de noviembre de 1296.

62. "...recognoscentes periculosum esse anime nostre et damnorum universitati proborum hominum civitatis Balagarii... Igitur, ad vitandum periculum nostrum predictum et damnum proborum hominum predictorum, tritxeram quam in ipsa civitate ordinavimus...", figura en el preámbulo de la revocación del establecimiento público de juego, de 1308.

concretos⁶³ aparte de la presencia y actuación de los funcionarios condales: el *batlle y sus agentes*⁶⁴ en la administración gubernativa y judicial de la ciudad. El conde Ermengol remataba aquel rosario de privilegios particulares, con el compromiso contraído en 1311, relativo al obligado juramento de observancia por parte de sus sucesores, de todos los privilegios y exenciones de la ciudad, antes de recibir el homenaje de sus vasallos⁶⁵.

Y sin embargo, la actitud de dicho conde respecto a la capital de su condado, muestra, a su vez, otra faz menos favorable para la misma. Ya hemos aludido a su franca oposición al régimen de pahería instalado con anterioridad a su mandato. Parece que fueron otros muchos los agravios y lesiones a los derechos de la ciudad —como de todo el condado— inferidos por el mismo y que se pusieron de manifiesto en una reclamación general formulada por sus súbditos hacia fines de 1310. El conde se aprestó a satisfacer tal reclamación tras una información pública sobre los mismos y encargo de su enjuiciamiento a una comisión mixta de religiosos y juristas, a mediados de 1311⁶⁶. En lo que atañe a las querellas presentadas por la ciudad de Balaguer, se cifraban éstas, aparte las reiteradas exacciones o «questias» arbitrarias de que había sido objeto sobre todo en los años de guerra, en la abolición por el conde de aquel régimen de pahería que la ciudad había poseído en tiempos anteriores. Este, acogiendo la declaración favorable de los comisionados, despachó en 25 de julio de 1311 un privilegio por el que restablecía los antiguos estatutos reguladores de aquel organismo, tras una revisión de los mismos confiada a dos juristas, con la cual quedaba afianzado definitivamente para el

63. En el litigio de la ciudad contra los *carnifices*, de 1308, ya aludido, comparecieron ante el juez comisionado para resolverlo, G. de Artesa, A. de Morchera y Jacobo Fuster, como “síndicos ad hoc statutos et ordinatos per dictam universitatem”.

64. “Batlle” y “sagiones”, los hemos visto citados en la interdicción de prender armas, de 1286, aparte la inveterada actuación del primero, en la curia de la ciudad.

65. Archivo de la Corona de Aragón. Reg. 174, fol. 25.

66. El desarrollo documental de este proceso está contenido (en traslado notarial autenticado en 1321, en AMB, *Llibre de Privilegis*, fols. 52-60vº. Las reclamaciones de la ciudad, aparecen, a su vez, en el Privilegio n.º 14 de pergaminos de dicho Archivo.

futuro, el régimen municipal de Balaguer, que traspasaría la frontera de los siglos medievales⁶⁷.

Con la referencia a este privilegio de 1311, coronamiento del proceso de desarrollo autonómico de la comunidad ciudadana de Balaguer, en su etapa fundamental, podemos concluir el examen del elemento formativo de su derecho propio representado por los privilegios condales y reales. Pocos años después, en 1314, fallecía el conde Ermengol sin sucesión, y extinguido el linaje de los Cabrera pasaba el condado a vincularse de nuevo al tronco de la casa real de Aragón en cabeza de sus infantes, que lo gobernarían durante unas tres generaciones. La ciudad de Balaguer seguiría recibiendo de la nueva dinastía, así como de los posteriores reyes de Aragón y aún de la Corona española nuevos privilegios y confirmación de los anteriores, ya sin especial relevancia en la estructuración de su régimen jurídico-público.

II

LAS «CONSUETUDINES BALAGARII»

5. Nos enfrentamos aquí con el texto fundamental del Derecho local de Balaguer, representado por un cuerpo normativo de mediana extensión algo heterogéneo en su presentación formal, de composición anónima y sin datación alguna (salvo las particularmente inducibles de alguno de sus elementos), conocido tan sólo de manera completa, por su transcripción manuscrita, indudablemente posterior a la redacción de sus partes. Esta transcripción figura inserta en un códice del Archivo Municipal de la ciudad, el ya reseñado como *Llibre de les Consuetuts, Privilegis i Ordinacions*, confeccionado en momento incierto dentro del siglo XIV y ocupa en el mismo los folios 12 a 20 v.

El título que adjudicamos a nuestro texto viene extraído algo convencionalmente del encabezamiento o rúbrica general con que

67. Vid. el privilegio de restauración de la Pahería, en AMB, *Privilegios*, fol. 98v^o-101, publicado por POU, *Historia de Balaguer*, pág. 344, ap. XXII. Nos ocuparemos detenidamente del mismo al estudiar más adelante (vid. págs. 38 y sig.) su relación con el texto anterior de los estatutos de la Pahería y la redacción de las *Consuetudines* de la ciudad.

se inicia el mismo: «Hec sunt consuetudines et privilegia hac ordinationes civitatis Balagarii». Pero sólo externamente puede expresar el título de *Consuetudines* una unidad de contenido, pues el texto transcrito revela más bien la reunión de varias recensiones autónomas, con lindes imprecisos entre algunas de ellas y sobre todo carentes de un escatocolo o colofón diplomático que contribuyera a definir tal unidad.

Parece indudable con todo, que la transcripción en este manuscrito se realizó de una sola vez y como obra de una sola mano, según delata la disposición y caligrafía uniforme de su escritura, a doble columna, en letra gótica, ancha y redonda, típica del siglo XIV, con iniciales historiadas en cada uno de sus capítulos. El P. Sanahuja, que ha dado cuenta cumplida de este manuscrito⁶⁸, considera la parte del mismo que nos ocupa como escrita entre 1311 y 1354⁶⁹. Podríamos conjeturalmente aproximar el momento de aquella transcripción hacia 1350 o quizá más tarde, si tenemos en cuenta que el final de los capítulos propiamente constitutivos de las *Consuetudines* según veremos, se acompaña (tras un reducido espacio en blanco, pero con total identidad de estilo escriturario, delator de la misma mano), de un privilegio del conde Pe-

68. *Historia de... Balaguer*, págs. 267-271.

69. Adopta la primera fecha (restablecimiento de la Pahería por el conde Ermengol), como momento impulsivo para la confección del código, en el que dicho organismo reuniría sus elementos jurídicos fundamentales, objeto de juramento por parte de sus magistrados; la segunda, por corresponder, con fijación precisa, a la segunda parte del código, comprensiva de las *Ordinacions* de régimen interno, que en tal fecha (1354) vinieron a completar el mismo, procedentes de otro libro anterior. Sin embargo, la base de cálculo de esta fecha *ad quem*, parece contradecirse con la referencia dada poco después (pág. 273), sobre la formación de esta parte del código comprensiva de las *Ordinacions*, al afirmar que el libro que las contenía (y que él bautiza con el nombre de *Llibre de Bans e Ordinacions*), era originariamente independiente, y con el tiempo debió ser encuadernado con el *Llibre de Consuetuts*. En tal caso, esta incorporación, puramente exterior del cuaderno o *Llibre de Bans*, confeccionado en 1354, al *Llibre de Consuetuts*, en momento ulterior a dicho año, haría inoperante tal fecha como límite para la redacción de este último. La independencia originaria del *Llibre de Bans e Ordinacions* respecto al de *Consuetuts*, parece muy aceptable vistas las características codicológicas del texto (Vid. sobre este punto lo indicado en págs. 68 y sig. al ocuparnos del texto de las *Ordinacions*).

dro I de Urgel, sin fechar ciertamente, pero cuyo gobierno sabemos que se extendió entre 1347 y 1408.

El examen más somero de este cuerpo facticio de *Consuetudines*, permite apreciar en su estructura redaccional, tres piezas o elementos claramente discernibles y en cierto modo yuxtapuestas: a) un resumen o extracto (al estilo del de las *Consuetudines Ilerdenses*) de diversos privilegios concedidos por los condes de Urgel y reyes de Aragón, señores del mismo, a la ciudad de Balaguer, sin referenciación cronológica, pero en su mayor parte bien identificables⁷⁰ (fols. 12-16); b) un breve estatuto organizativo del gobierno local, la Pahería, bajo la rúbrica «De constitutionibus seu statutis paciariae Balagarii» (fols. 16-17r.); y c) una recensión algo más extensa de preceptos sustancialmente procesales, sin rúbrica general, pero sí con rúbricas propias para cada capítulo o grupo de capítulos (fols. 17r.-20v.). Todo este conjunto aparece encabezado, tras el mencionado título general, por un breve preámbulo justificativo de la necesidad práctica de reunir en un cuerpo escrito los diferentes elementos del derecho de la ciudad, originariamente dispersos.

6. Presentada rápidamente la estructura general de nuestro texto, pasemos a examinar con alguna mayor detención las características propias de sus diferentes partes o elementos, bien entendido que no entra en el objeto del presente estudio, el análisis específico de su contenido normativo o institucional⁷¹.

La primera parte enlaza literalmente con el final del aludido preámbulo⁷² contiene un compendio o resumen de los principales privilegios concedidos a la ciudad por sus soberanos, desde el conde Ermengol VI (1118) hasta el conde Alvaro (1253) y a salvo de otro de este último de fecha imprecisable, tal vez de 1259, con inclusión de varios procedentes de los reyes catalano-aragoneses. Tales privilegios en buena parte fueron aludidos ya de modo aislado

70. Verificamos esta identificación en las notas que acompañan a la publicación del texto, *Apéndice I*, págs. 74 y sig.

71. Una exposición muy superficial de tal contenido, puede verse en la mencionada obra del P. SANAHUJA, *Historia... de Balaguer*, págs. 271-273.

72. Dice éste en su final: "Et in primis ponemus donations concessiones et privilegia nobis concessa".

como jalones del progresivo desarrollo y configuración jurídico-pública de la comunidad vecinal de Balaguer a raíz de su incorporación al dominio cristiano. Los redactores de este compendio presentan el elenco de los privilegios recogidos, bajo unas rúbricas ordinales: «Prima carta», «Secunda carta»..., etc., hasta la «Quatuordecima», y por lo general cada título encabeza el resumen de un privilegio concreto, enunciado mediante el nombre o nombres de los concedentes, pero sin referencia alguna a lugar y fecha de su concesión. Con todo, en algunos casos, los redactores aludidos se hurtaron a esta mera transcripción condensada de cada privilegio en particular y supieron agrupar en una referencia unificada, el contenido hábilmente articulado de varios de ellos, relacionados por la materia tratada⁷³. Parecidamente, aunque en un solo caso, dislocaron el contenido de un privilegio entre dos referencias distintas y además, unieron uno de los extremos tocados por éste con la referencia de otro grupo, en razón de similitud con el mismo⁷⁴.

La seriación de estos privilegios resumidos sigue básicamente el orden cronológico de su respectiva concesión, que sólo se altera, por lo regular, en los mencionados casos de agrupación en una misma referencia, de cartas procedentes de distintos titulares. A pesar de su carencia de datación, la constancia del otorgante y su contenido los hacen fácilmente identificables con textos conocidos y aún conservados, como puede advertirse en las notas que acompañan a la publicación de esta parte en *Apéndice I*⁷⁵. Pero en su mayor parte tal identificación ha debido limitarse a la referencia algo más amplia y concreta suministrada por el citado inventario

73. La "Séptima Carta", agrupa efectivamente cuatro privilegios (Pedro I, rey, de 1211; Jaime I, rey, de 1228; Ponç Gerau, conde, de 1244; y condesa María con su hijo Ermengol, probablemente de 1244); la "Nona" reúne uno de Jaime I de 1236, y otro, no identificado, del conde Ponç; y la "Décima", otros dos, uno del conde Ponç, también sin identificación actual, y el del conde Alvaro, de 1256.

74. El supuesto privilegio de 1244, concedido por la condesa María con su hijo Ermengol, aparece repartido entre los resúmenes de la "Sexta carta", y de la "Séptima", en éste, unido al de los otros tres mencionados en la nota 73.

75. Tan solo cuatro de ellos nos han quedado por identificar (los correspondientes a la *Tertia* y a la *Quatuordecima* carta, y los del conde Ponç integrados en la *Nona* y la *Decima*).

de pergaminos municipales de 1328, donde figuran registrados dentro su abundante repertorio, todos los extractados en las *Consuetudines*, con excepción de dos de ellos. De algunos de los mismos poseemos ciertamente su texto íntegro, bien en copias cartularias ⁷⁶, bien en su propio original ⁷⁷.

Los resúmenes o recensiones, en lo que nos permite su cotejo con los textos íntegros conservados, responden muy fielmente al contenido de los privilegios, llegando en algunos —raros— casos a matizar ciertos extremos concretos del original ⁷⁸. La extensión alcanzada por tales resúmenes es muy desigual y sus proporciones parecen obedecer a la importancia de su respectivo contenido. Advertimos, en efecto, el notable desarrollo que presentan la *Prima* y la *Secunda* cartas, las dos primeras cartas de población de Balaguer (1118 y 1174), así como la *Quarta*, notable concesión de Jaime I (1218) relativa al régimen de regadíos de la huerta balaguerina, y la ya aludida *Septima*, sistematización de varios privilegios densos en contenido. Por el contrario, quedan patentemente abreviadas aquellas referencias a privilegios que se limitaban a meras confirmaciones de privilegios usos o libertades anteriores, como ocurre en las *Quinta*, *Sexta* y *Undecima*, o que sólo contenían un sencillo extremo normativo (así la *Nona* y la *Decima*).

La segunda parte de las Costumbres de Balaguer, se halla constituida por el breve estatuto orgánico de la pachería o municipalidad de la misma. Lleva una rúbrica general para todo su texto, «De constitutionibus seu statutis Paciarie Balagarii», que no creemos fuera insertada por el supuesto colector o transcriptor de la redacción conjunta en el manuscrito actual, sino que ya figuraría

76. Así, los correspondientes a la *Prima*, *Secunda*, *Quarta*, uno de la *Septima* y uno de la *Nona*, todos ellos en el *Llibre de Privilegis* del archivo balaguerino.

77. Sólo tenemos uno en tal calidad, el de Pedro I de 1211 (AMB, Pergaminos de Privilegios, n.º 1).

78. Así, en el resumen de la carta primera se da una precisión topográfica, con relación a una de las heredades incluida en aquella; en el de la segunda, se trata de una precisión conceptual: la de que los sorprendidos en adulterio corran por la plaza mayor de la villa, *nudi et verberati*, detalle que no figura en el original, que a este respecto se contentaba con remitir a “secundum consuetudinem civitatis Ilerde”, donde se especificaba ciertamente tal modalidad.

probablemente en su versión originaria, pues así parece colegirse de la referencia hecha en el cuerpo del privilegio de 1311 a la presentación de *quemdam librum constitutionum* por parte de los prohombres de la ciudad al conde Ermengol X en dicho año, manifestando después de la alusión a los privilegios condales en el mismo contenidos, que: «Erant etiam in eodem libro constitutionum, *quedam statuta sive constituciones* edite per probos homines...» relativos a las facultades de los paheres⁷⁹. Este estatuto se presenta como establecido en una asamblea general de vecinos de Balaguer («Habita magna deliberatione cum universo populo Balagarii ad hoc specialiter congregato...») presidida por los «*paciarii et consiliarii antedicti*», lo que hace pensar en alguna cabecera con referencias nominales y tal vez cronológicas, en su versión más primitiva, que ignoramos cuándo y cómo desaparecería. Su contenido (comprensivo de unos ocho capítulos sin numeración originaria, a los que les hemos dado la de [15-22]) se reduce a establecer el número y elección anual de las autoridades municipales, las fórmulas literales de sus respectivos juramentos y las facultades fundamentales a ellos conferidas: a) imposición de aportaciones pecuniarias al vecindario, caso de surgir una necesidad comunal; b) función arbitral o pacificadora de los paheres y prohombres en las discordias entre ciudadanos antes de —o incluso después de— incoarse la *querimonia* ante el tribunal del *baiulus*; c) establecimiento con el consejo general, de ordenanzas (*cotos, bannos, constitutiones*) y designación anual de *vedalarii* (guardas rurales) y d) inquisición sobre el diligente cumplimiento de dichas ordenanzas, con la consiguiente imposición de multas a distribuir paritariamente entre el *baiulus*, el denunciante y la ciudad⁸⁰. La revisión de este estatuto, efectuada a raíz de la crisis política de 1311, que obligó al conde Ermengol a su reconocimiento, tras una etapa de abierta oposición al mismo y a su régimen, no afectó a su estructura y a su fondo, ya que se limitaba a algunos de los reseñados puntos concretos pero reflejaba, en

79. Sobre la motivación y alcance del referido privilegio de 1311 en orden a la evolución de estos Estatutos de la Pahería, vid. infra epígrafe 8 del presente apartado.

80. Sobre posibles conexiones de estructura, con la de la vecina pahería de Agramunt, vid. más abajo nota 96.

general, la prevención del conde en orden a la salvaguarda de sus derechos y de sus agentes, así como a los posibles excesos en la actuación de las autoridades municipales, bien que la competencia de la mismas era, a su vez, precisada y ampliada en algún aspecto ⁸¹.

La parte nuclear de nuestras *Consuetudines*, sin duda la de mayor interés y sustantividad normativa, la constituye el capítulo que sigue sin solución de continuidad al estatuto de la pahería, bien que perfectamente discernible del mismo y que, apreciada en conjunto, denota, según optamos por designarla, una recensión procesal en la más amplia acepción del término, es decir, surgida de y para la práctica forense. La carencia de una rúbrica general para toda esta redacción, así como la heterogeneidad entre varios grupos de preceptos, revela posiblemente, una agrupación más o menos facticia de los mismos, sin unidad de composición previa (como podía advertirse, en cambio, en el estatuto de la pahería), antes bien como acarreo de anotaciones derivadas de los usos o prácticas procesales y de alguna que otra decisión de las autoridades de la ciudad incidiendo sobre éstas. Pero si la redacción carece de título general, en cambio, su contenido se agrupa casi todo él en rúbricas particulares, cada una de las cuales comprende uno o varios capítulos relacionados por su objeto. Dentro del habitual casuismo de los textos jurídicos medievales, puede, sin embargo, advertirse en su conjunto una cierta sistematización. Por de pronto, no nos parece aventurado distinguir en el mismo, dos

81. Así, p. e., en lo concerniente a las facultades arbitrales de paheres y prohombres [cap. 20] procuraba limitarlas a un mero ruego a los vecinos —“possint inducere rogando”— para el arreglo amistoso de sus discordias, como según, se decía, habían acostumbrado a hacer los prohombres, pero en modo alguno toleraba una presión o intimidación sobre aquéllos para que desistieran de llevarlas al tribunal ordinario (batlle señorial), en perjuicio de la competencia del mismo y consiguientemente, de la percepción de los correspondientes derechos pecuniarios. A semejante temor obedecería el nuevo capítulo [22 bis] que prohibía a los paheres toda condonación de multas sin asenso del batlle condal (y viceversa). Incluso en otro de los capítulos nuevos, el [20 bis], que venía a ampliar las funciones judiciales de los paheres al atribuirles la resolución por sentencia —*sententialiter terminare*— de los conflictos vecinales por cuestión de lindes, términos, contigüidad de heredades, viales, regadíos, etc., cuidaba de precisar que todo ello se concedía “salvo iure dominorum”.

claras unidades redaccionales, aparte un apéndice de preceptos marginados, más o menos adventicios. El primer grupo (caps. [24-42]), presenta una tónica estrictamente procesal en el sentido más adjetivo o formal de tal calificación y, en general, adopta un orden lógico en la disposición de sus capítulos, que aparenta seguir las líneas básicas del procedimiento torense, desde la determinación del foro competente⁸², pasando por las formalidades de incoación del pleito, juramento del inculpado, excepciones y demoras, pruebas y presunciones, llega hasta la sentencia y determinación de costas. El segundo subgrupo (caps. [43-61] además del [23]), recoge un conjunto heterogéneo de preceptos de índole más sustantiva, más próximos tal vez al área del derecho de obligaciones (prendas, reclamaciones de deuda, apremios, instrumentos públicos...), derecho de familia y sucesiones (donaciones matrimoniales, menor edad, legítima...) y penal (malhechor ausente), pero todos ellos aparecen contemplados bajo una óptica predominantemente procesal, es decir, no tanto como regulación abstracta de una cuestión, sino como incidencias concretas planteables en un litigio o en una simple situación conflictiva⁸³. Todo ello, además, independientemente de que en el cuerpo de uno y otro grupo aparezcan algunos otros preceptos sin conexión aparente con su contexto (así, p. e., el cap. [53] que afirma la dependencia y custodia municipal de los hospitales) o sólo con una relación puramente accidental y externa, surgida en la mente del anotador como por pura asociación de ideas y aún de vocablos⁸⁴. Carácter puramente adventicio

82. En la rúbrica *De foro competentis* (caps. [24-28]) creemos que se inicia realmente esta recensión procesal, no en la anterior, *De minoribus etate*, que debe considerarse como una intercalación traslaticia, operada en alguna fase de la transmisión textual (vid. infra pág 46) ni tampoco en la siguiente, *De libelli oblatione*, donde un anónimo anotador del siglo xv, puso el título "Sobre los plets e ordinacions de la Cort, toquats per capitols y rubriques", que, justamente, por lo que señala, hubiera cuadrado bien en el lugar a que nos referimos (Vid. págs 46-47).

83. Así, p. e., en el aludido precepto de *De minoribus etate* (cap. 23), se determina la edad tope para poder invocar la restitución, y ser tenido el menor como mayor de veinticinco años "in litibus et aliis omnibus". La liberación de responsabilidad por deudas de juego, es vista asimismo, en el caso de que se reclame su pago, ante el batlle o curia (cap. [44]) y de modo semejante en los restantes extremos apuntados.

84. Vemos, p. e., como el cap. [52] con la escueta indicación de que

presentan los tres últimos capítulos [62-64] sin rúbrica propia y con una tónica de ordenanzas administrativas o urbanísticas, a los que se incorpora, como remate apendicular, de última hora, el cap. [65] que bajo la rúbrica *De iniuriis*, establece una norma penal explícitamente referida a un privilegio del conde Ponç⁸⁵.

Aparte la fundamental inspiración de la gran mayoría de todos estos capítulos, en otros similares de las *Consuetudines Ilerdenses*, según expondremos más adelante (Vid. apart. III), no puede excluirse en la selección, adaptación y ajuste de los mismos, la mano experta de uno o varios juristas locales que cuidarían de formar esta recensión, anotando aquellos usos o prácticas que aún introducidos por irradiación del foco ilderdense alcanzarían un mayor arraigo en la curia local y en la vida social balaguerina. La existencia de juristas y prácticos forenses en la ciudad de Balaguer, capital del condado urgelense, sede de la curia señorial desde mediados del siglo XIII, época en que se irían introduciendo y arraigando tales usos, parece bien admisible si tenemos en cuenta, además, que pocos decenios después, bajo el gobierno de Ermenгол X, aparecen documentados varios jurisperitos y jueces ordinarios de la ciudad, encargados por el conde de diversas misiones de índole asesora, judicial o arbitral⁸⁶. Ello revelaría indudablemente

en Balaguer se observa la legítima romana, no tiene más justificación que la de que en el anterior capítulo se habla de los testigos necesarios en un instrumento público, testamento o codicilo, y de la equiparación de estos últimos con los albaceas. Más accidental todavía resulta la inserción del cap. [33] *De feriis divinis*, prohibición de funcionamiento de los molinos en los días festivos, sólo explicable por asociación literal externa con el anterior, *De feriis humanis*, donde muy oportunamente se establecían unos períodos de interrupción de la marcha del proceso judicial, por razón de las faenas agrícolas.

85. Como plenamente "extravagante" debe considerarse el privilegio del conde Pedro de Urgel sobre introducción de vendimia en la ciudad, sin fecha ni suscripciones, pero que por razón de su gobierno podría datarse entre 1347 y 1408, bien que nos inclinamos a suponerlo de mediados del siglo XIV. En el manuscrito sigue a los anteriores capítulos, como transcrito por la misma mano que efectuó la copia de aquéllos. Por ser inédito lo publicamos también, pero separadamente bajo *Apéndice V*.

86. Así, p. e., el jurisperito Bernardo Meayllada, que fue comisionado en 1308 para resolver mediante sentencia arbitral un litigio entre la municipalidad y los carniceros de Balaguer, resolución confirmada en 1310

una tradición jurídica profesional de origen anterior. No sería desacertado, incluso, pensar que el posible redactor de esta recensión procesal, y tal vez de todo el cuerpo de las *Consuetudines*, fuera a su vez un miembro de la pahería, en parangón con la figura de Guillermo Botet, cónsul de Lérida y recopilador de su código local.

7. Resulta bastante conjetural formular hipótesis en torno a la respectiva procedencia, forma de composición y evolución, etc. seguidas por los diversos textos o recensiones de las *Consuetudines* balaguerinas, hasta llegar a la configuración externamente unitaria que adoptan en nuestro manuscrito. Pero podemos asegurar, por lo menos, que en un determinado momento —concretamente a mediados de 1311— si no tal vez desde un principio, los elementos señalados como a) y b) (Privilegios y Estatutos de la Pahería) formaban una redacción conjunta. Consta en efecto, por el relevante y ya aludido Privilegio otorgado por Ermengol X a la ciudad de Balaguer a 25 de julio de 1311 (y sobre cuya motivación y contexto histórico trataremos más adelante), que los prohombres diputados por la universidad de la misma le habrían presentado: «quemdam librum constitutionum» en el cual se contenían: a) algunos privilegios concedidos a los habitantes de la ciudad por los condes urgelenses, Ponç, Alvaro y otros predecesores suyos, y también, b) ciertos estatutos o constituciones promulgados por los prohombres de la misma relativas al ejercicio de los poderes de los paheres, y que, a juicio del conde, necesitaban de aclaración⁸⁷.

por el conde (AMB, Privilegios, pergaminos n.º 6 y 14 y *Llibre de Privilegis*, fol. 103vº). Este mismo, como “iurisperitus Balagarii” en unión de Guillermo Çamora, juez ordinario del conde, llevaron a cabo, por encargo del mismo, en 1311, la revisión del estatuto de la pahería, según se indicará en su lugar. También debe tenerse presente (vid. nota 98) que pocos meses antes, el conde, a fin de liquidar las numerosas querellas y agravios formuladas por sus súbditos contra él, había designado a un notario, Arnaldo de Gerona, para recibir y formalizar dichas reclamaciones en instrumentos autenticados y había nombrado luego, para resolverlas “secundum Deum et forum anime”, a una comisión, en la que, al lado de dos frailes y un canónigo, figuraban dos jurisperitos: Bernardo Ortaneda y Berenguer Solá, sin duda también de la ciudad.

87. AMB, Privilegios, pergamino n.º 7 y *Llibre de Privilegis*, fol. 98vº-101vº, ambos en traslado y copia respectivamente, de fines del siglo XIV. POU, *Historia de Balaguer*, pág. 344, Apéndice II. publica algo

Esta mención del «quemdam librum constitutionum» con su duplicado contenido aludido, nos lleva inexorablemente a identificar un cuaderno comprensivo de las dos primeras partes de la redacción actual de las *Consuetudines*, suposición corroborada al advertir que la labor de aclaración y corrección del estatuto de la pachería ordenada por el conde a una comisión de juristas, cristalizó en la redacción de un nuevo texto del mismo plenamente paralelo al constitutivo de la segunda parte de las *Consuetudines* conocidas, con sólo leves modificaciones en alguno de sus capítulos y la adición de otros dos nuevos⁸⁸.

Tenemos ya una fecha *ad quem* —1311— para la composición de este núcleo, ¿originario?, integrado a la sazón por el resumen de privilegios condales⁸⁹ y el estatuto de la Pachería. Más difícil resulta no ya fijar, sino aproximarnos a una fecha *a quo* de dicha recensión. Un primer paso en esta pista aproximada lo representa el año 1284, en que el ya mentado conde Ermengol X al entrar

incorrectamente el texto de este privilegio según la versión del Pergamino n.º 7. Publicamos las partes declarativas del mismo en *Apéndice IV*.

Decía el mentado privilegio en el extremo referido: "... predicti probi homines nobis porrexerunt et hostenderunt quasdam constitutiones sive quemdam librum constitutionum in quo effectu ut prima facie apparebat, erant aliqua privilegia, gratis, inmunitates concessa eidem civitati et habitantibus et habitaturis in eadem per nobilissimos viros dominos Ermen-gaudum, Pontium, Alvarum, felicis recordationis, comites Urgelli et per alios predecessores nostros. Erant etiam in eodem libro constitutionum, quedam statuta sive constitutiones edite per probos homines eiusdem civitatis, que, quantum ad possessionem, potestatem paciarorum predictorum nec non quantum ad usum officii eiusdem, declarationem indigebant".

88. Esta nueva redacción formulada por los juristas y aprobada por el conde, se reproduce íntegramente en el cuerpo del mencionado privilegio. Presentamos su debido cotejo con la supuesta versión originaria de las *Consuetudines*, en la publicación de las mismas, *Apéndice I*, págs 83 y siguientes.

89. Tal vez se tratara, no de un extracto, sino de un repertorio de los privilegios íntegramente transcritos, si nos atenemos a la expresión literal del referido Privilegio de 1311. Pero es más probable pensar en la primera interpretación, habida cuenta de lo que se hizo en el código ilerdense, y además, de que los textos originales e íntegros se conservaban de modo independiente por la *universitas* de la ciudad, según pudo acreditarse todavía, años después, en el *Inventario* de los mismos efectuado en el año 1328 (Pergamino n.º 19 de la serie Privilegios, del Archivo municipal balaguerino).

efectivamente en el gobierno del condado de Urgel, después de su prolongada lucha con el rey Pedro, el Grande, de Aragón confirmaba a Balaguer, «omnes libertates, franquitates, inmunitates, donationes, emptiones et bonas usantias et consuetudines quas habuerunt et tenerunt usque in hodierna die, omnes predictas libertates, franquitates, libertates inmunitates et donationes et privilegia que habuerunt et habent a nobili Alvaro, quondam, patre nostro et ab aliis predecesores nostri, quas predicti predecesores nostri eis dederunt et concesserunt cum publicis instrumentis» prometiendo su firme observancia en el futuro⁹⁰. Podemos pensar con toda verosimilitud, que en este conjunto de derechos y normas confirmadas, además de los privilegios de sus antecesores, expresamente aludidos, figurarían también los preceptos constitutivos de aquel estatuto orgánico de la pachería. En efecto, en la reclamación de los ciudadanos de Balaguer contra el conde Ermengol X y cuya solución final cristalizaría en el mencionado privilegio de 1311 —reclamación centrada principalmente en la restitución del régimen de pachería—, los árbitros designados por el conde para resolver sobre aquellas demandas, declararon la necesidad de efectuar dicha restitución, como hubiese quedado probado que los ciudadanos, habían gozado de dicho régimen hasta su abolición por el conde actual. Restitución —decían— debida más aún por la existencia de un privilegio del mismo conde confirmatorio de todos los usos y costumbres y privilegios de la ciudad, y que no cuesta nada identificar con el aludido de 1284⁹¹.

Parece claro, pues, que en enero de 1284, contaban ya los balaguerinos con un cuerpo de privilegios condales —originales o en extracto— y unas constituciones de la pachería, base de aquel régimen municipal, ambos elementos reunidos presumiblemente en un

90. Vid. este privilegio de 12 de enero de 1284 en AMB, Privilegios pergamino n.º 2.

91. AMB, *Llibre de Privilegis*, fol. 58vº: “Item declaraverunt quod homines civitatis Balagarii restituantur ad ponendum paciarios et habendum in ipsa civitate cum sit probatum eos fuisse in possessione ponendi et tenendi in ipsa civitate usque ad tempus quo Dominus Comes qui nunc est sine cause cognitione eos egecit de possessione tenendi et habendi paciarios supradictos. Et cum sit privilegium eiusdem hominibus concessum per dominum comitem supradictum in quo confirmat eis usantias et consuetudines et privilegia sua, est magis dicta restitutio facienda”.

*librum constitutionum*⁹². Podemos dar un paso más en la precisión del ámbito cronológico de su formación. Advertimos, en efecto, que los últimos privilegios condales objeto de resumen en la parte con que se encabezan las *Consuetudines*, corresponden al conde Alvaro, padre de Ermengol X, de los cuales, el último calendable (el de la *Decima carta*), corresponde al año 1256, bien que se registra otro (el de la *Quatuordecima carta*) sin posible identificación actual, aunque atribuible muy probablemente hacia 1259, según consignamos más arriba⁹³. De ello puede deducirse razonablemente, en lo que atañe a este elemento, que la composición del *librum* o conjunto originario se operaría entre 1256-1260 y 1283. Por la misma época también se redactarían las constituciones orgánicas de la pahería, que en la versión conservada aparecen como establecidas de modo democrático por una asamblea de todo el pueblo de Balaguer, reunido al efecto para tal ordenación bajo la presidencia de unos paheres y consellers, sin referencia a privilegio condal alguno constitutivo de dicho régimen⁹⁴. En esta actitud o iniciativa ciudadana pudo operar el estímulo de semejante establecimiento popular en localidades más o menos próximas, como Lérida, Cervera, Tárrega, en las cuales se atestigua también por aquellas décadas un funcionamiento usual del régimen de pahería con anterioridad a su organización o reconocimiento formal por privilegio soberano⁹⁵, aparte del vecino ejemplo de Agramunt, donde se

92. No es comprensible, en cambio, que el tal *librum* se hubiera compuesto con posterioridad a 1284, es decir, bajo el mandato efectivo del conde Ermengol, que justamente es quien perturbó seriamente el régimen de pahería en el mismo consignano —como claramente manifestaban los referidos árbitros—, ni tampoco que de haber sido así, en la colectánea de privilegios, se hubiese omitido la inclusión del concedido en 1284, dada su ya apuntada relevancia para la ciudad.

93. Vid. nota 47.

94. Aunque no deba descartarse totalmente la concesión de un tal privilegio organizativo, p. e., por parte del conde Alvaro (que sabemos lo efectuó para Agramunt) no es ello probable, dado el desconocimiento de la presunta carta, que de haber existido, habría sido registrada seguramente en el Inventario municipal de 1328 (Vid. las insinuaciones de POU, *Historia de Balaguer*, pág. 56; SANAHUJA, *Historia de Balaguer*, pág. 358).

95. Vid. las referencias concretas al funcionamiento de estas paherías en J. M. FONT RÍUS, *Orígenes del régimen municipal en Cataluña*, Madrid, 1947, pág. 386 y ss.

había instituido por privilegio del conde Alvaro en 1253 ⁹⁶. En todo caso, la libertad de actuación o movimiento de los prohombres balaguerinos organizando de manera espontánea su régimen propio —bajo el patente modelo normativo de Lérida, según puntualizaremos en su lugar— puede adecuarse bien con la etapa de supuesta recolección de privilegios —muy posiblemente en acción simultánea— en momento adelantado del azaroso gobierno de Don Alvaro o en los primeros años del nominal dominio del conde Ermengol. Recordemos que en este período la ciudad de Balaguer, como todo el condado urgelense, pasó por la situación inestable en el orden político derivada de las encendidas luchas de sus condes con los reyes de Aragón, y las subsiguientes alternancias en la ocupación y dominación de su territorio ⁹⁷.

8. Esta recensión estatutaria, compuesta conjeturalmente hacia el tercer cuarto del siglo XIII, e integrada en un cuaderno o *librum*, más tarde o más temprano quedaría marginada o mejor dicho, contradecida *de facto* por la actitud adversa del conde Ermengol, receloso sin duda del régimen de autonomía popular de la capital de sus dominios, en ella consagrado. Sin embargo, en los últimos años de su gobierno, cobró nueva vida y fue objeto de una restauración o reconocimiento por el mismo, previa una revisión de su contenido. En el contexto de un amplio y agudo proceso conflictivo afectante a todo el condado, y que no puede ser aquí objeto de atención general ⁹⁸, los prohombres de Balaguer, habían

96. Archivo Municipal de Agramunt, Pergamino n.º 46. Publica su texto, R. DE SISCAR, *La carta puebla de Agramunt*, en *Memorias de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona*, IV (1887), pág. 188.

El régimen de *paheria* otorgado a Agramunt era notoriamente más modesto que el reflejado en el estatuto de Balaguer, pero, con todo, contenía, en forma más simplificada, dos extremos que hallamos también en éste: facultad de los *paheres* de establecer *bannos* (ordenanzas bajo sanción), y hacer *comunem* (imponer aportaciones pecuniarias al vecindario para un servicio comunal). Sobre la inspiración del estatuto balaguerino, ver el próximo apartado en que se estudiará las fuentes de las *Consuetudines*, y que orienta aquella decididamente hacia la ciudad de Lérida.

97. Vid. la bibliografía citada en nota 34, especialmente SCREQUÍFS, *Els barons de Catalunya*, pág. 76 y ss. y SANAHUJA, *Historia de Balaguer*, pág. 240 y ss.

98. La coyuntura en que se planteó y desplegó esta amplia "contes-

formulado con fecha de 24 de octubre de 1310, entre otras numerosas reclamaciones, la que el conde Ermengol restituyera a los mismos el régimen de *pahers*, a ellos otorgado y poseído continuamente, hasta su abolición por el mismo, y que había de redundar en provecho de la ciudad y sus señores⁹⁹, petición que fue recogida y aceptada plena y casi literalmente por la comisión arbitral nombrada al efecto, en su declaración de mediados de julio (?) de 1311,

tación" popular ofrece un sugestivo interés para apreciar la dialéctica tensional entre la autoridad soberana o señorial y las colectividades ciudadanas, y merecería una consideración especial. Limitémonos a la línea general de su desarrollo. En otoño de 1310, parece que cundió en todo el ámbito del condado un movimiento general de descontento y protesta contra las actuaciones abusivas del conde Ermengol X —sumadas a las de su antecesor, Alvaro— y al cual quiso dar satisfacción aquél, salido de una reciente y grave enfermedad. A tal efecto, mandó abrir una información pública en todos sus dominios para conocer las quejas y reclamaciones de particulares y entidades, encargando de su recepción autenticada al notario de Balaguer Arnau de Gerona, y designando luego, en verano de 1311, una comisión formada por fray Pedro de Olibó, de la orden de predicadores; fray Bernardo Pintó, de la de frailes menores; Ramón Vilalta, canónigo de Lérida y Urgel; Bernat Ortoneda y Berenguer Solà, jurisperitos, para su conocimiento y resolución "in foro anime" sumariamente, de plano y sin estrépito y figura de juicio. Realizaron éstos el encargo a ellos confiado, con extrema celeridad, a juzgar por las fechas de la documentación conservada, que muestran solo un día de diferencia entre su designación, y la declaración arbitral: 15 y 14 de kalendas de septiembre de 1311. (AMB, *Llibre de Privilegis*, fols. 51v^o-60v^o (en diligencia traslaticia de todo el "dossier" de 1321). Esta fijación cronológica ofrece algunas dificultades, ya que por lo que veremos después, posiblemente tales fechas tengan que referirse forzosamente al mes de julio, no al de agosto, a fin de encajar con la definitiva aprobación del conde en lo que concierne a la declaración referente a la *pahería* de Balaguer, fechada a 25 de julio de dicho año, y en cuyo texto se alude, resumiendo sus términos, a la mencionada resolución arbitral (AMB, Privilegios, pergamino n.º 7).

99. "Item, demanen los dits prohoms [de Balaguer] que sie plasia del senyor Comte que torn en possessio los prohoms de la ciutat, de pahers, los quals pahers foren atorgats d'aver et de tenir en la dita Ciutat continuament tro que lo senyor comte N'Ermengol, qui ara es, contrasta los dits pahers, com los dits pahers entenen a aver e tenir a profit de la Ciutat et a bon governament d'aquella c de son terme e a honor del dit senyor comte e sens preiudici dels altres senyors qui en la dita Ciutat an alcunes senyories o drets" (AMB, Privilegios, pergamino n.º 14, en traslado notarial de 1321).

a la que tuvimos que aludir ya más arriba ¹⁰⁰. Dispuesto entonces el conde, a llevar a la práctica dicha resolución, citó a varios prohombres diputados por la «universitas» de la ciudad, quienes le mostraron el «quemdam librum constitutionum» ya aludido anteriormente, comprensivo de los privilegios condales y de los estatutos de la pahería ¹⁰¹. Pero aquel entendió que algunos de los capítulos de tales estatutos adolecían de dudas y oscuridades («quod aliqua erant dubia, aliaque vero obscura»), y necesitaban de correcciones y aclaraciones en orden al ámbito de competencia consig-

100. Vid. su texto en nota 87. Para la cuestión de exactitud de fecha, vid. lo indicado supra, en nota 98. Señalemos, a este respecto, que el experto y documentado investigador P. Sanahuja, en su *Historia de Balaguer*, pág. 250, reduce también sin más, a las fechas de 18 y 19 de julio, las que las fuentes aludidas, y por él también citadas, consignan como de 15 y 14 kalendas de septiembre, que en rigor corresponderían al mes de agosto, no de julio.

101. Advertimos, pues, aunque sea de paso, que a pesar de la abolición de la antigua pahería como régimen orgánico del gobierno de la ciudad, seguía funcionando en ésta, la forma más elemental o inorgánica, del mismo: la *universitas* o asamblea general de vecinos con unos *probi homines*, como miembros más destacados o representativos de la comunidad, régimen documentado, en la práctica, desde época muy anterior en Balaguer. Y, además, que aquella *universitas* conservaba celosamente el *librum* de sus privilegios y constituciones, formado varios decenios antes y que ahora podía exhibir ante el conde Ermengol.

La comunidad vecinal de Balaguer, mostraba ya una borrosa personalidad pública en 1155, y de ella, se destacaban en 1189, un grupo de siete *probi homines* con actuaciones efectivas, autorizadas por los condes. Como *universitas proborum hominum*, como *universitas Balagarii*, o como simple grupo innominado de *probi homines* de la localidad, recibía diferentes privilegios de sus señores desde los años 1243 al 1261. Bajo el propio mandato del conflictivo conde Ermengol, se atestigua la presencia documental de la *universitas proborum hominum* de Balaguer, en ciertos actos de administración comunal, o como receptores de privilegios del conde (1282, 1287, 1296, 1308, etc.). Podemos señalar, por su especial significación el establecimiento por dicha *universitas*, en 1288, de la prohibición de introducir vino forastero en la ciudad, desde Todos los Santos a Pascua (AMB, Ref. en Pergamino de Privilegios n.º 19). Y en el propio privilegio restaurador de la pahería, de 1311, aludirá su concedente al modo de actuación pacificadora o arbitral, que hasta entonces habían venido ejerciendo los *probi homines* («prout probi homines tantummodo consueverunt de pace tractare»), como aclaración del capítulo [20] en que se hallaba establecido dicho cometido.

nado a los paheres, para proceder a las cuales comisionó a dos juristas balaguerinos, Guillermo Çamora y Bernardo Nicaylla (Meayllada en las versiones catalanas), los cuales, al parecer, en pocos días, revisaron el texto y formularon una nueva redacción del mismo. Leída ésta por el conde, se aprestó a aprobarla íntegramente a través del mentado privilegio fechado a 25 de julio de dicho año 1311¹⁰² y mandar el mismo día letras ejecutivas, al batlle de Balaguer para urgir su fiel observancia¹⁰³, al propio tiempo que ratificaba los privilegios de sus antecesores (contenidos en la primera parte del *librum* presentado) y que, lógicamente, no habían sido objeto de modificación alguna. Como ya se ha indicado anteriormente, la revisión del antiguo estatuto de la pachería se limitaba, aparte de una corrección general de estilo, a la introducción de ligeras variantes en algunos capítulos, así como a la adición de otros dos nuevos (los numerados como [20 bis] y [22 bis]) que venían a completar y aún ampliar el contenido de los inmediatos anteriores. Parece, por ello, que los juristas revisores del texto,

102. AMB, Privilegios, Pergamino n.º 7 (traslado notarial sin fechar, pero de hacia fines del siglo XIV), *Llibre de Privilegis*, fol. 98vº-101vº, en transcripción simple también de fines del mismo siglo. *Vid. Apéndice IV*.

Volvemos a reiterar la incoherencia cronológica entre la fecha de este privilegio (corroborada en sus diversas versiones y en la del documento ejecutorio citado en la nota 103) con la de la sentencia de los árbitros que pusieron fin a las querellas entre el conde Ermengol y sus súbditos y concretamente los habitantes de Balaguer, de 14 kalendas de septiembre, o sea, 19 de agosto. Tal sentencia era aludida explícitamente por el mismo en el cuerpo del mentado privilegio (sin referencia de fecha, ciertamente), como punto de partida para su debida puesta en práctica a través del remozamiento de las antiguas constituciones de la pachería, aportadas por los representantes ciudadanos. ¿Adelantaron, oficiosamente los árbitros su declaración, en este extremo de la restauración de la pachería, para acelerar el privilegio condal correspondiente, dada la presumible presión vecinal, para proseguir luego con el examen de las restantes reclamaciones, hasta formular más tarde, la declaración general y definitiva sobre las mismas? No se nos ocurre otra solución a este impasse, puramente conjetural.

No debe preterirse también la circunstancia de que todos los testimonios relativos a estos trámites, diligencias y resoluciones, nos han llegado, a través de transcripciones o traslados de sus originales, bien que éstos aparezcan autenticados notarialmente.

103. AMB, Referencia de este despacho en el Pergamino de Privilegios, n.º 19, de 1328.

atendieron en su labor tanto a los deseos mencionados del conde como a determinadas aspiraciones vecinales.

Pero lo más significativo del caso, es que, al procederse en fecha imprecisa, pero probablemente hacia mediados del siglo XIV, a la transcripción de los diferentes elementos del Derecho local balaguerino en el manuscrito del *Llibre de les Consuetuts* —es decir, al formarse el mismo— no se recogió, para el estatuto de la pachería, la versión reformada de 1311, sino la anterior u originaria, justamente con el resumen de privilegios, extremo que, a primera vista no resulta de fácil explicación, y sobre el que volveremos, al centrar nuestra atención en este momento de la recolección de textos, llegada hasta nosotros en el referido manuscrito.

9. Sobre la procedencia o formación del reseñado elemento c), la recensión procesal integrante de la parte principal del conjunto de las *Consuetudines*, contamos todavía con menores apoyos o referencias documentales. Pudiera sorprender, a primera vista, que estos capítulos no formaran parte de aquel *librum* de privilegios y constituciones de la pachería, presentado por los prohombres balaguerinos al conde Ermengol, en 1311, y deducirse de ello que no estarían redactados todavía en tal fecha; pero no nos parece ello un dato concluyente, ya que, por su naturaleza, son susceptibles de haber formado un texto independiente, al margen de aquel cuerpo, de tónica más bien orgánico-comunal. La recensión que nos ocupa, constituye básicamente un breve compendio procesal, un elenco de usos o prácticas curiales de la ciudad de Balaguer, según reiteradamente revela la expresión de diversos capítulos, en algunos, de modo muy explícito¹⁰⁴; pero también sobre este fondo, o interseccionándose con el mismo, se reflejan no menos patentemente disposiciones de los *pacheres* y la *universitas*, que en varios puntos establecieron nuevos preceptos o modificaron usos y costumbres anteriores¹⁰⁵. Esta constatación permitiría pensar, siempre conjeturalmente, en dos posibles fases o estratos de compo-

104. "...utimur", cap. [38], "Item utimur", cap. [58], "non utimur, sed", cap. [39], "...habemus...", cap. [32], "servatur ..", cap. [52].

105. "Statuerunt insuper paciarii...", cap. [23], "...statuerunt paciarii et consiliarii cum assensu universitatis predicte..." cap. [47], "Statuerunt insuper...", cap. [55].

sición: una redacción originaria, usual, y una actuación normativa local operando sobre aquella, sin que se pueda, empero, establecer exactamente la relación entre ambos. Por de pronto, la crítica interna de su contenido conecta este capitulado de manera muy estrecha con una redacción de las Consuetudines Ilerdenses, de Guillermo Botet (1228), no tal vez la originaria, pero sí susceptible de ser utilizada, por lo menos en los últimos decenios del siglo XIII (de modo seguro lo fue Horta), posiblemente antes. Expondremos cumplidamente este extremo en la última parte del presente trabajo, destinada a analizar las fuentes inspiradoras de nuestro texto, y que por ello no anticipamos inoportunamente en este lugar¹⁰⁶. No sería extraño, pues, que en estas décadas finales del siglo XIII —tal vez antes— se pusiera por escrito el breve complejo de prácticas usuales en la curia de Balaguer, instancia reiteradamente citada en los preceptos del mismo¹⁰⁷ como reflejo e irradiación del importante foco de Lérida. Más problemática resulta la filiación de aquellos capítulos adicionales o modificativos de los anteriores, derivados claramente de unas decisiones del organismo municipal. Según acabamos de mostrar, la pahería de Balaguer estaría en pleno funcionamiento entre 1260 y 1285 aproximadamente, para ser restaurada, luego, de modo explícito y solemne en 1311, ya sin ulterior solución de continuidad¹⁰⁸. Cabe, pues —y nos parece lo más probable— que la forma definitiva del capitulado procesal quedara compuesto en la primera etapa de su actuación, es decir, sin apreciable espaciamento entre la redacción consuetudinaria y las modelaciones de la municipalidad. Pero no se excluye tampoco el que tal recensión alcanzara dicha forma varios decenios

106. Vid. apartado III.

107. "Curia seu baiulus", son aludidos, p. e., en caps. 41, 44, 49. También lo son, por su parte, y de manera muy central en varios capítulos de los estatutos de la pahería (20, 22 y sus adicionales 20 bis y 22 bis). Es probable que el vocablo *curia*, equivalga aquí al de *baiulus*, es decir, a una persona o funcionario, no a un tribunal o foro. Vid. sobre este sentido, en Lérida, J. LALINDE, *El "curia" o "cort". Una magistratura medieval mediterránea*, en *Anuario de Estudios Medievales*, 4 (1967), págs. 169-297, especialmente págs. 187-238.

108. El privilegio de 1311, fue confirmado por el infante Alfonso, conde Urgel, sucesor de Ermengol X, en 1322 (AMB. Privilegios, pergamino n.º 15) y mantenido sin alteración en lo sucesivo.

más tarde, es decir, con posterioridad a 1311, en época más próxima a la transcripción manuscrita conservada.

10. Tras el precedente examen particular e aislado de la hipotética formación y evolución de los diferentes elementos integrantes de las *Consuetudines* de Balaguer, queda por referirnos al eventual proceso de su articulación o incorporación conjunta y su tránsito hasta la forma que presenta en el manuscrito del *Llibre de les Consuetuts* (fols. 12-20v^o), realizado, según indicamos ya más arriba, bien entrado el siglo XIV, tal vez en la segunda mitad del mismo.

Pero la carencia de toda autenticación en esta versión manuscrita, así como de toda referencia cronológica o personal sobre su redacción, impide determinar si la compilación, o mejor incorporación de aquellas diversas recensiones normativas, en la forma conocida, se efectuó por el propio escriba del manuscrito actual —aunque fuera bajo el dictado de alguna autoridad o notario, comisión de técnicos, etc.— o bien éste se limitó en función de amanuense, a la mera transcripción en el libro que iba componiendo, de un texto anterior, en el que ya se había operado aquella articulación unitaria de los elementos aludidos.

Por de pronto, el anónimo colector o comisión colectora, debió utilizar sin duda para las dos primeras partes, aquel *quemdam librum constitutionum*, aludido en el privilegio de 1311, es decir, el resumen de privilegios (o tal vez en sus textos íntegros) y las constituciones de la pahería anteriores a la reforma de las mismas aprobada y reproducida en dicho privilegio y no en cambio este último, con tales reformas, pues en nuestro manuscrito no figuran en absoluto ninguna de las variantes ni los dos capítulos nuevos que los juristas revisores introdujeron en dicho estatuto, a propuesta del conde Ermengol¹⁰⁹. Este aparente contrasentido de que en una transcripción, en cierto modo oficial y solemne, como era

109. Este hecho patente parece haber pasado desapercibido a la habitual precisión del eminente historiador de Balaguer, P. Sanahuja, quien, de manera inversa, presenta el privilegio de Ermengol X, de 1311, con sus correcciones y aclaraciones al antiguo *libro de constituciones* de los prohombres, como base del texto que aparece en el *Llibre de les Consuetuts...* (que él llama también *Llibre dels Juraments*). Vid. su referencia en *L'antiga ciutat de Balaguer*, pág. 107, y más sumariamente, en *Historia de Balaguer*, pág. 271.

la integrada en el mentado *Llibre de Consuetuts*, entrado ya el siglo XIV, con evidente posterioridad a dicho año de 1311, se reprodujera el texto anterior a dicha reforma, parece abonar la hipótesis de que la articulación unitaria de las Costumbres de Balaguer se había ya efectuado con anterioridad a dicha fecha, probablemente en la época de la primera pachería, penúltimos decenios del siglo XIII, mediante la incorporación del estatuto procesal a las dos partes integrantes de dicho *librum*. La oportunidad o comodidad de tener a la vista un texto unitario y completo explicaría que al efectuarse su transcripción al manuscrito actual, se preteriese el texto reformado de 1311 (a pesar de su confirmación oficial por privilegio del conde) sin sustituir los capítulos modificados e incorporar los dos nuevos, optando, más o menos conscientemente, por seguir aquel antiguo modelo. Pero, por otra parte, a esta hipótesis, se podría oponer la extrañeza de que, de haber existido ya en 1311 un texto completo de las *Consuetudines*, aquel *liber constitutionum* presentado por los prohombres al conde Ermengol, comprendiera tan sólo los elementos a) y b), sin la recensión procesal, que no parece aludida en su referencia. Confesamos no hallar por el momento, solución satisfactoria a este nuevo enigma, de base codicológica ¹¹⁰.

Los colectores —o eventualmente el transcriptor— de las Costumbres balaguerinas introducirían por su cuenta algunas interpolaciones, retoques o adaptaciones a los textos originarios, especialmente en la recensión procesal, ostensibles todavía en el manuscrito conservado ¹¹¹ y en el supuesto de que el *Liber* antiguo contu-

110. Ante esta aparente anomalía, asoma evidentemente la tentación de estimar como más lógica la hipótesis inversa, de que la redacción manuscrita actual tuvo que ser forzosamente anterior a las reformas introducidas por el privilegio de 1311 en el estatuto de la pachería. Pero a ello se opone la realidad paleográfica y diplomática del código en cuestión, cuya formación y escritura se han de atribuir al siglo XIV, y más concretamente después de la restauración de la pachería por dicho privilegio de 1311. La consolidación y funcionamiento de la misma explicaría la confección del código para el régimen de dicho organismo y de la vida jurídica de la ciudad, el juramento de sus magistrados ante el grabado cristológico y los textos evangélicos de los primeros folios, etc., etc. Vid. SANAHUJA, *Historia de Balaguer*, págs. 267, 270, 271.

111. Advertimos, p. e., cómo el capítulo *De minoribus etate*, en rigor el primero de esta parte procesal, aparece, no en párrafo separado del

viera el texto íntegro de los privilegios condales y reales, realizarían también su compendio o resumen en la forma que figura en el mismo. Finalmente, como remate de su obra, el compilador o

anterior, sino a continuación y empezando dentro la misma línea última del precedente (el último del estatuto de la pachería), de suerte que su rúbrica, por falta de espacio en la cabecera, ha tenido que colocarse en el margen derecho (con una llamada a la misma en el cuerpo del texto). Aquí, parece que esta interpolación se haya debido al copista del manuscrito, que habiendo olvidado la inserción del referido capítulo en su propio lugar, no halló otra solución que intercalarlo forzosamente en el mayor espacio que dejaría sin duda la prudencial separación del estatuto de la pachería respecto a la recensión procesal, la cual, probablemente, se encabezaría, como parece lógico en su estructura, por la rúbrica siguiente, *De foro competente*.

Otro retoque del colector se refleja sin duda en el enunciado interrumpido (*De franquitate sunt hec*) del epígrafe final de dicha rúbrica *De foro competente*, al que sigue columna y medio en blanco. Cabe pensar esta anomalía como derivada de un propósito del mismo de precisar cuáles eran las heredades o términos de la ciudad que estaban comprendidas en el ámbito de la *franquitas*, ya que su tenencia implicaba una distinta sujeción a foro competente, por sus titulares, respecto a las de heredades *feudataria*, según se expresaba en los inmediatos epígrafes anteriores. Y el blanco dejado adrede lo sería, bien para ir registrando tales heredades, a medida que fueran conocidas por el colector o escribano, o bien para regularlas conjuntamente, una vez obtenida una información pendiente que le permitiera llenar aquel hueco, pero que quedó definitivamente sin llenar.

No parece, en cambio, que deba atribuirse a retoque o reajuste de los colectores la forma aparentemente descabezada con que se inicia el preámbulo de las consuetudines de la pachería, al aludir a unos "*paciarii et consiliarii antedicti*" que presiden la asamblea del pueblo balaguerino en la que se establecen tales constituciones. En efecto, la presunta mención de unos nombres concretos de *paciarii* y *consilarii* que debería encabezar el texto no figuraba ya, seguramente, en la redacción incluida en aquel *liber* que los prohombres de la ciudad presentaron al conde en 1311, dado que la redacción reformada de tal estatuto, aprobada y reproducida por el tan citado privilegio condal de dicho año se inicia de la misma manera que en la versión de nuestro manuscrito. El supuesto desmoche de su principio procedería de más antiguo.

Algunas incorrecciones materiales de copia sí pueden cargarse en la cuenta del transcriptor o amanuense. Tales serían, p. e., en el final del cap. [3], el "*pertineant*" por "*pertinentem*"; en cap. [20], "*si illate fuerint*", por "*sigillate fuerint*"; en cap. [22], "*omissis*" por "*comissis*"; en cap. [50], el "*et*", cuya supresión aclararía mejor el sentido del precepto.

en su caso, el escriba del manuscrito, al reunir en un cuerpo los tres elementos básicos del Derecho balaguerino, quiso revestirlo, al menos, con una declaración formal que diera unidad y relativa autoridad al texto compuesto, a cuyo efecto, encabezó el conjunto con la fórmula inicial ya aludida: «In nomine Domini nostri Iesu-christi. Hec sunt consuetudines et privilegia hac ordinationes civi-tatis Balagarii», e inició el redactado con un breve preámbulo, en el que, al estilo de las Costumbres de Lérida, justificaba la nece-sidad práctica de tal acoplamiento, a fin de evitar las dudas que pudieran suscitarse, el hallarse las fuentes de su derecho en forma dispersa (« . ea que in multis cartis et aliis diversimode eran sparssa»).

Como es tan corriente en códigos jurídicos medievales, buena parte de los capítulos o párrafos del texto, recogido en el manus-crito balaguerino fueron objeto de anotaciones marginales poste-riores. Por una parte, se advierte por obra de una mano del siglo xv, la inserción de unas breves notas en latín o catalán en los márgenes laterales, de carácter generalmente indicativo del conte-nido de los respectivos capítulos, sin interés especial, salvo alguno particular. También en el siglo xv, otra mano, seguramente poste-rior, intentó delinear una cierta división de las dos partes más normativas y una numeración de capítulos (en catalán), aunque, a nuestro entender, de modo inadecuado. Así, considerando como un conjunto unitario los estatutos de la pachería (ocho capítulos) y los seis primeros capítulos procesales, que sin solución de conti-nuidad sigue a aquéllos, se numeraron todos correlativamente del I al XIII. Esta agrupación convencional no tendría más justifica-ción aparente que el amplio espacio en blanco (columna y media), que habían dejado el colector o el amanuense entre este último capítulo, interrumpido en el enunciado de su epígrafe final (*De franquitate sunt hec*), pero que no llegaría a llenarse, y el capítulo siguiente, ya con rúbrica propia: «De libelli oblacione», lo que despistaría seguramente al anónimo retocador del siglo xv, cre-yendo que se iniciaba con esta rúbrica, un grupo o serie distinta ¹¹². Por ello, sin duda, dio a los capítulos siguientes, una nueva nume-ración (también en catalán [caps. I-XXXVII]), y además le puso

112. Sobre la interpretación diplomática de esta interrupción y espa-cio en blanco, vid. lo indicado en nota 111.

un título general: «Sobre los plets e ordinacions de la Cort, toquats per capitols y rúbriques». En rigor, como puede verse por una simple observación, este carácter de ordenación forense y, sobre todo, su señalamiento con rúblicas propias, no debería iniciarse en la *De libelli oblacione* —donde lo colocó dicho anotador— sino en la *De minoribus etate*, a la que había dado el núm. IX de la serie anterior. Aquí es donde correspondería ciertamente —por lo menos dado el orden actual de la redacción— haberle antepuesto aquel título e iniciar una nueva numeración. Nosotros aprovecharemos la idoneidad del mismo para referirnos, bajo la mención abreviada de «Plets de la Cort», a toda esta recensión procesal (considerándola, desde luego, iniciada, en la rúbrica *De minoribus etate*), como similarmente utilizamos la de estatutos o constituciones de la Pahería para referirnos a la parte anterior, que la lleva ya por lo menos desde la transcripción del texto en el manuscrito del siglo XIV. Por lo demás, y a fin de evitar el confusionismo de aquellas distintas e inadecuadas numeraciones, así como de subsanar la falta de numeración de la primera parte (resumen de privilegios), hemos optado por prescindir de las mismas y proceder a una nueva y correlativa numeración de los diferentes capítulos de todo el texto (1 a 65), cuyos guarismos, en la edición de éste, consignaremos al margen de los mismos entre [], y a tenor de la cual, efectuaremos todas las referencias sucesivas.

III

LAS «COSTUMBRES DE LERIDA», FUENTE BASICA DE LAS DE BALAGUER

11. Como se ha insinuado ya, las Costumbres de Balaguer presentan una concordancia básica con las *Consuetudines Ilerdenses*, de Guillermo Botet (228)¹¹³ y se emparentan por ello con la familia jurídica derivada de las mismas, y a la que pertenecen, como es sabido, las *Consuetudines et Usancias de Orta* (1296)¹¹⁴ y las *Cos-*

113. Se ha indicado ya al principio como mejor edición, P. LOSCERTALES, *Costumbres de Lérida*. Barcelona, 1946.

114. J. COTS y GORCHS, *Les "Consuetuds" d'Horta (avui Horta de Sant Joan) a la ratlla del Baix Aragó*, en *Estudis Universitaris Catalans*, XV (1930), págs. 304-323.

tums de la Batllia de Miravet (1319 y 1320)¹¹⁵, bien que dentro de esta familia¹¹⁶ constituya nuestro texto una redacción más modesta y sencilla.

Esta inspiración básica del texto de Balaguer en las Costumbres de Lérida se advierte ya desde el propio prólogo, donde con el mismo tono retórico que el utilizado en los párrafos preambulares de Lérida, se alude a los elementos heterogéneos constitutivos de su derecho local: (privilegios de los príncipes y potestades o condes, costumbres escritas y no escritas) a las dificultades y dudas generadas por tal diversidad, y a la utilidad de recoger aquellos compendiadamente para mayor comodidad del lector. Tal inspiración se sigue reconociendo en la estructura general del texto, con su análogo encabezamiento por un resumen extraído de los privilegios concedidos a la localidad de manos de sus señores y se corrobora decisivamente con el examen del contenido de los preceptos integrantes, así del estatuto de la pachería como de la recensión procesal. En la confección de ambas partes se ha tenido a la vista la redacción ilerdense, con la que accidentalmente han podido concordar a su vez las de Horta y Miravet en buen número de capítulos.

En las notas que acompañan a la publicación del texto balaguerino, se indica, para cada capítulo del mismo las relaciones concretas que se deducen de su cotejo textual con Lérida, Horta y Miravet (Vid. *Apéndice I*). Como introducción a las conclusiones que cabe extraer de tal cotejo, ofrecemos a continuación una tabla de correspondencias o conexiones entre las Costumbres de Balaguer y los tres textos referenciados. Nos hemos servido para ello de la numeración facticia y correlativa con que marcamos los dife-

115. La versión catalana, de 1319, fue publicada por F. VALLS TABERNER, *Les Costums de la batllia de Miravet*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, XXXII (1926), págs. 52-76, y en edición independiente revisada. Barcelona, 1926, 32 págs. La traducción latina, de 1320 por G. SÁNCHEZ, *Constituciones baiulie Mirabeti*. Madrid, 1915, 44 págs.

116. Las relaciones entre los textos de Lérida, Horta y Miravet, con las conclusiones derivadas respecto a la evolución del primero han sido objeto de un minucioso y penetrante estudio, citado ya más arriba, de A. M.^a BARRERO, *Las Costumbres de Lérida, Horta y Miravet*, en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, XLIV (1974), 485-536, que tenemos muy presente en nuestro trabajo.

rentes capítulos de Balaguer [] y las adoptadas en las indicadas ediciones de Loscertales para Lérida, Cots para Horta y Valls Taberner para la catalana de Miravet (con la que coincide la latina de Galo Sánchez). Para mayor claridad y precisión hemos subdividido en letras los distintos párrafos de los capítulos de Lérida, Horta y Miravet, cuando éstos sólo ofrecen concordancia con Balaguer, en alguno o algunos de sus párrafos, o corresponden éstos a capítulos distintos, en la redacción balaguerina.

Esta tabla de concordancias sólo pretende ofrecer una sinopsis de las relaciones formales y exteriores entre el capitulado de Balaguer y los de la familia de Lérida, sin prejuzgar el mayor o menor grado de coincidencia o inspiración de su contenido, que será examinado más adelante.

12. TABLA DE CORRESPONDENCIAS

Costumbres de Balaguer	Costumbres de Lérida (ed. Loscertales)	Costumbres de Horta (ed. Cots)	Costumbres de Miravet (ed. Valls)
1-14 (Resumen de privilegios de la ciudad)	—	—	—
15	34	—	—
16	35 <i>a</i>	—	—
17	35 <i>b</i>	—	—
18	36	—	—
19	45	—	33
20	13	8	20
20bis (añadido en la revisión de 1311)	—	—	—
21	} 58 <i>a</i>	20 <i>a</i>	} 41
	} 89		} 28
22	58 <i>b</i>	20 <i>b</i>	—
22 bis (añadido en la revisión de 1311)	—	—	—
23	62	23	57
24	106 <i>a</i>	—	—
25	106 <i>b</i>	—	—
26	—	—	—
27	—	—	—
28	—	—	—
29	} 109	44	77
	} 107	—	74

12. TABLA DE CORRESPONDENCIA (Conclusión)

Costumbres de Balaguer	Costumbres de Lérida (ed Loscertales)	Costumbres de Horta (ed Cots)	Costumbres de Miravet (ed. Valls)
30	124 a	58	97
31	113	—	—
32	117	53	91
33	75	—	—
34	108	—	—
35	—	—	—
36	133 b	63	106
37	132	61	104
38	—	—	—
39	147	72	118
40	148	—	119
41	—	—	—
42	150	—	121
43	155	—	—
44	123 b	—	95
45	81	27	71
46	60 bis b	—	—
47	59	21	42
48	60	22	—
49	153 b	76 b	22 b
50	124 b	—	98
	134 a	60	107
51	144 a	—	117 a
	145 a	71 a	117 b
52	145 b	71 b	—
53	118	—	—
54	137 a	—	124
55	43	—	31
56	139 a	65 a	109 a
57	139 b	65 b	109 b
58	139 c	66	109 c
59	139 d	67	109 d
60	—	—	—
61	61	16	55
62	—	—	—
63	76	—	—
64	22	12	2
65 (Privilegio del conde Ponç)	—	—	—

Del examen del precedente cuadro de concordancias se coligen las siguientes constataciones:

a) De los 53 capítulos de la parte estatutaria de las Costumbres de Balaguer (descontamos los 14 que integran la parte inicial como meros resúmenes de privilegios ya identificados), 42 se han inspirado o han utilizado las Costumbres de Lérida. De estos 42, 23 ofrecen a su vez concordancias con las Costumbres de Horta, y 28 con las de Miravet. No hay, en cambio, concordancia alguna con Horta o Miravet que no lo sea también con Lérida. Tan sólo, pues, once capítulos balaguerinos pueden considerarse absolutamente independientes respecto la familia Lérida-Horta-Miravet ¹¹⁷.

b) Inversamente, considerando ahora las fuentes objeto de relación con Balaguer, hallamos que respecto a las Costumbres de Lérida comprensivas de 169 a 171 capítulos (según los manuscritos), tan sólo 37 han sido objeto de una utilización —total, parcial o fragmentaria— por parte de Balaguer. Respecto a las Costumbres de Horta y de Miravet, hay correspondencia de Balaguer con 18 capítulos comunes a ambas, con dos específicos de Horta y con ocho exclusivos de Miravet, o sea, en total con 28 de estas dos fuentes en conjunto, todos con correspondencia también con Costumbres de Lérida. De hecho, pues, de los 37 capítulos de Lérida, utilizados en Balaguer, tan sólo nueve no hallan, a su vez, correspondencia alguna en Horta y Miravet ¹¹⁸.

Estos datos, operantes en una línea de la que podríamos llamar metodológica cuantitativa, permiten confirmar ya en principio la indudable inclusión de las Costumbres de Balaguer dentro de la indicada familia que tiene su centro en Lérida, al lado de los textos

117. En rigor podría hablarse de 9 —o sea, aproximadamente una sexta parte de su total— pues los caps. [20 bis] y [22 bis] de Balaguer son adiciones efectuadas en la revisión de 1311 al texto originario del estatuto de pachería.

Como referencias comparativas señalemos que de los 81 capítulos de las Costumbres de Horta, sólo 9 (es decir, una novena parte del total) aparecen libres de toda concordancia con las de Lérida, mientras que Miravet, presenta 62 capítulos de su conjunto de 134, independientes de Lérida, o sea, casi la mitad de su texto.

118. A tener en cuenta que en Horta y Miravet, se utilizaron 90 capítulos de Lérida, de ellos 47 comunes a ambas redacciones, 23 sólo en Horta y 20 sólo en Miravet.

de Horta y Miravet Y además la conexión directa con las Costumbres de Lérida, sin la mediación de estos últimos, pues aparte la improcedencia de pensar en tal mediación, dado el distanciamiento geo-histórico entre la región de Balaguer y las de Horta y Miravet, en el Bajo Ebro, frente al vecino foco de Lérida, y la posterioridad de las fechas de sus redacciones —especialmente Miravet— respecto la probable época de la balaguerina, se cierne el hecho elocuente, oportunamente destacado, de que todos los capítulos de Balaguer, concordantes con Horta o Miravet, lo son sin excepción también, con Lérida, y, en cambio, los hay relacionados con Lérida que no hallan correspondencia alguna con Horta y Miravet. Presupuesta su alineación con estas otras dos, dentro la familia ilderdense como presuntas redacciones colaterales, no parece arriesgado señalar en Balaguer una vinculación más estrecha con las Costumbres de Lérida (con una determinada versión de las mismas), que la guardan los textos conocidos de Horta y Miravet, a juzgar provisionalmente por la proporción de conexiones particulares que, según se ha expuesto, cabe establecer, entre los textos de Lérida y los de Horta, Miravet y Balaguer respectivamente ¹¹⁹.

Hemos aludido como de pasada a la conexión de las Costumbres de Balaguer con una «determinada versión» de las de Lérida, en razón a las características de la actualmente conocida a través de varios manuscritos tardíos, que dejan abierto un problema de evolución de dicho texto, al que se hará oportuna referencia. Pero, por el momento podemos anticipar ya alguna precisión sobre este punto afirmando que la redacción balaguerina —por lo menos en su recensión procesal (Plets de la Cort)—, presenta una clara aproximación estructural a la versión reflejada en los mss. C y E de

119. Recuérdese que en Miravet, casi la mitad de sus capítulos no tienen correspondencia alguna con Lérida. Respecto a Horta, es cierto que presenta una numéricamente mayor correspondencia de capitulado con Lérida, pero, se aparta sensiblemente de la misma por la peculiaridad de su contenido, con estilo y sobre todo soluciones, más libres. Nos remitimos en este punto a las sagaces deducciones de A. M. BARRERO en el trabajo citado en nota 116.

Otra cosa es que, dada la mayor extensión de las redacciones de Horta y Miravet respecto a la de Balaguer, el código de Lérida haya podido ejercer, en términos absolutos, una más amplia proyección de su propio texto sobre aquellas dos.

las *Consuetudines Ilerdenses*, cuyas variantes respecto al ms. A, tomado por base en la edición Loscertales, se recogen en el aparato crítico de la misma¹²⁰. Basta para ello con advertir que en la mayor parte de los casos en que los capítulos del texto balaguero no se corresponden externamente con capítulos enteros de Lérida, sino con alguno o algunos de sus párrafos, tales capítulos ilerdenses, unitarios en los mss. A y B, aparecen ya dislocados en los mss. C y E, formando capítulos distintos, con rúbrica independiente¹²¹. Conviene retener esta constatación que, unida a alguna otra, afectante ya más a la conexión de fondo o contenido (a señalar en su lugar), podrá suministrar un apreciable elemento para matizar la relación general que venimos apuntando entre las dos redacciones.

13. Con estos puntos de partida podemos orientar decididamente nuestra atención, de manera primordial hacia las Costumbres de Lérida, para calibrar bajo una óptica más cualitativa el alcance de esta conexión o dependencia que respecto a dicho código presenta nuestro texto de Balaguer. Sin embargo, esta atención ilerdense no puede ser tampoco exclusiva, con preterición absoluta de los textos de Horta y Miravet. En efecto, tras las conclusiones del meritorio trabajo de Barrero, ya reiteradamente aludido¹²² parece indudable la realidad de una versión originaria de

120. Para las características de estos diferentes manuscritos y su utilización por la edición Loscertales, vid. las páginas introductorias (10-13) de dicha edición.

121. Ofrecemos, para la comprobación de este hecho, una sumaria referencia a tales casos. Los aludidos capítulos de Balaguer son los 24, 25, 30, 36, 44, 50 y 59. Su paralelismo con determinados párrafos de capítulos de las Costumbres de Lérida viene indicado en la Tabla de correspondencias presentada páginas más arriba, y la particular rubricación de éstos, en los mss. C y E (no siempre idéntica) puede consultarse en las notas del aparato crítico de la edición Loscertales.

Así, p. e., el cap. 36 de Balaguer halla su correspondencia con el segundo párrafo del capítulo 133 de Lérida, capítulo que en la edición Loscertales lleva la rúbrica general *De testibus*; pero en los mss. C y E, este segundo párrafo forma capítulo distinto bajo la rúbrica *De testibus cogendis*.

122. Vid. nota 116. Remitimos a las páginas de dicho trabajo, especialmente las 530 y ss. para el cumplido desarrollo de la argumentación que permite a la autora llegar a tales conclusiones.

las Costumbres de Lérida, terminada por Guillermo Botet alrededor de 1228, distinta de la actualmente conocida a través de unos manuscritos de los siglos XIV y XV, los cuales, a su vez, presentan algunas variantes, no indiferentes a este respecto. De tal versión originaria ilderdense —o más probablemente de otras intermedias— derivarían, aunque de modo independiente, las dos redacciones conocidas de Horta (1296) y Miravet (1319), con posterioridad a las cuales, experimentaría el texto de Lérida diferentes modificaciones estructurales y materiales que cristalizarían en la versión actualmente conocida. Justamente, las concordancias y diferencias de los textos de Horta y Miravet entre sí y respecto a la versión ilderdense de los manuscritos de los siglos XIV y XV, combinadas con las aludidas variantes de dichos manuscritos, han constituido la guía principal de la autora en la pista hacia la ideación de la supuesta redacción originaria de Botet y su notoria diferenciación respecto a la conocida. Por ello, habida cuenta de este juego de conexiones triangulares, resulta ineludible que en la consideración de las relaciones de fondo o contenido —coincidencias, discrepancias, matizaciones— a descubrir entre el capitulado balaguerino y el conocido de Lérida, tengamos presentes también las eventuales coincidencias y discrepancias que puedan presentar análogos preceptos de Horta y Miravet, ya que su consideración conjunta podría ayudarnos a precisar a su vez, la línea concreta de filiación en que debían inscribirse las Costumbres de Balaguer con respecto al cuerpo ilderdense.

En función de lo que se acaba de apuntar, presentamos a continuación, primeramente, el cuadro comparativo de las relaciones internas que se descubren entre el texto de Balaguer y las Costumbres de Lérida para precisar luego las conexiones particulares del mismo con los de Lérida, Horta y Miravet en aquellos preceptos en que estas tres redacciones muestran discrepancias entre sí, que pueden ser significativas en orden a la respectiva aproximación a las mismas por parte de la redacción balaguerina ¹²³.

123. El análisis particularizado de las conexiones de contenido entre los capítulos de Balaguer y los de la familia Lérida viene formulado en las notas de aparato erudito con que acompañan el texto de las *Consuetudines*, Apéndice I). Tal examen nos brinda los elementos para esbozar la

En la comparación con las Costumbres de Lérida, los preceptos de Balaguer podrían agruparse bajo la siguiente gradación, en orden al diverso nivel o intensidad de las afinidades de contenido entre los mismos y sus paralelos del texto ilerdense.

a) Capítulos que ofrecen una sustancial fidelidad o coincidencia con los correspondientes capítulos (o determinados párrafos de los mismos) de Costumbres de Lérida, no presentando a lo sumo, más que alguna variación meramente literal o lexical.

Aquí cabría incluir los caps. 17 y 18 del estatuto de la pachería, y los 30, 34, 43, 44, 46, 49, 53, 54, 56, 58, 59, 61 y 63 de los *Plets de la Cort* ¹²⁴.

b) Capítulos sustancialmente fieles o coincidentes con sus correspondientes de Lérida pero con algunas discrepancias de detalle (adiciones, omisiones o modificaciones de alguna frase, inciso, matiz, excepción, término aclaratorio, etc.) que no alteran el planteamiento o solución básica del precepto.

Pueden considerarse como tales el cap. 19 del estatuto de la pachería, y los 24, 25, 31, 32, 33, 39, 45, 50, 52 y 55 de los *Plets de la Cort* ¹²⁵.

presente síntesis, que a su vez, anticipa la tónica general de la relación que nos ocupa.

Citamos, en cada grupo, tan sólo los capítulos de Balaguer que entendemos incluibles en el mismo. La tabla de correspondencias expuesta en páginas anteriores permite hallar los términos de comparación de las otras redacciones, evitando así repeticiones innecesarias.

124. Algunas de estas variantes meramente literales a que se ha aludido podemos admitirlas, p. e., en el cap. 53 de Balaguer que habla de "Hospitalia et domus *infirmorum*" frente al cap. 118 de Lérida que dice: "Hospitalia... et domus *leprosororum*"; en el cap. 54 con las expresiones de "censatarius" y "census" frente a las de "emphiteota" y "pensio" del cap. 137 *a* de Lérida, o en el cap. 58 de Balaguer alusivo a la "dos in rebus mobilibus", que en 139 *c* de Lérida, se expresa como "dos... in pecunia numerata". Conviene señalar aquí que la coincidencia del cap 61 con el 61 de Lérida se da de manera plena a través de los mm.ss. *C* y *D* de la redacción ilerdense, los cuales fijan el mismo plazo de veinte días para la presentación del *preconizatus* que en Balaguer, en tanto los demás mm.ss. lo rebajan a diez.

125. Entre estas modificaciones no esenciales, podemos espigar, p. e., la advertida en el cap. 55 relativo a la facultad del censatario de enajenar la cosa acensada, en el que se omiten algunas precisiones del correspondiente 43 de Lérida, como la excepción de hacerlo a "militibus et sanctis",

c) Capítulos que versando sobre el mismo contenido o cuestión básica ofrecen diferencias más sensibles en orden a los planteamientos o a las soluciones de los mismos, bien que tampoco sustanciales en su fondo.

Tienen aquí cabida los caps. 20, 21 y 22 del estatuto de la pahería, y los 23, 29, 36, 37, 40, 42, 51 y 57 de la recensión procesal ¹²⁶.

d) Capítulos con soluciones claramente distintas y aun opuestas a las del texto de Lérida.

En rigor, sólo se pueden incluir plenamente en este apartado dos caps. 47 y 48, el primero explícitamente formulado para introducir en el procedimiento ejecutivo del acreedor una modificación esencial respecto al régimen anterior del mismo Balaguer, que era a su vez el propio no sólo de Lérida sino también de las otras dos localidades.

e) Capítulos que reflejan un mero contacto incidental con otros de Lérida, pero desarrollados de forma muy independiente.

Como tales podemos considerar el cap. 15 del estatuto de la pahería, y el 64 de los «Plets de la Cort», cuyas tangenciales correspondencias con otros de Lérida, quedan precisadas en las aludidas respectivas notas de acotación a su texto.

la de dejar satisfecha al señor la quincuagésima parte del precio, y aparece la sustitución del "vendere vel impignorare" de Lérida, por el "vendiderit vel alienaverit".

En el cap. 52, donde se establece la observancia de la legítima romana, Lérida añade "de triente et semisse" (cap. 145). En cambio, Balaguer, en cap. 32, especifica los meses dilatorios del proceso por razón de siega y vendimia (junio y septiembre) que en Lérida (cap. 117), se expresan de modo genérico, y en 45, precisa también el nombre particular de algunos juegos a que alude genéricamente el cap. 81 de Lérida.

126. En los caps. 29 y 40, p. e., se admite la formulación de la "querimonia" y la promulgación de la sentencia respectivamente en forma no escrita hasta siete sueldos, en tanto Lérida (cap. 109 y 148), las establece en todo caso, sin hacer consideración de cuantía. En el cap. 57 se señala, para la situación de marido difunto o indigente, el disfrute por la mujer de todo el esponsalicio o de sólo la mitad, a opción del marido o sus herederos, mientras en Lérida (139b) lo usufructa en su totalidad sin distinción alguna. El deber de declaración de los testigos por el hecho de ser nombrados, del cap. 36 de Balaguer, queda condicionado en cap. 133b de Lérida, en razón a diferentes supuestos.

f) Capítulos absolutamente independientes de toda formulación en los textos de Lérida.

Lo son de una manera plena los caps. 20 bis y 22 bis del estatuto de la pachería (originados en una revisión posterior al texto inicial) y los 26, 27, 28, 35, 38, 41, 60, 62, 65 (este último traicionando explícitamente su derivación de un privilegio condal). Algunos de ellos, como el 20 bis, y el 38, parecen reflejar sendos usos específicamente locales, otros, como el 62, podían ser fruto de alguna ordenanza municipal, y otros, de más extraña redacción, tal vez no pasen de extrapolaciones de otros capítulos, o de incisos aclaratorios (vid., p. e., los 35, 60...).

Tras esta visión comparativa con la redacción ilerdense (que de hecho viene a serlo también con las otras dos redacciones de la familia, en lo que tienen de formulación concorde), procede atender a las eventuales relaciones con los diferentes textos de dicho grupo cuando éstos discrepan entre sí, dentro del mismo presupuesto o planteamiento.

Aquí, nos interesa fundamentalmente, apreciar la inclinación más acentuada que los capítulos de Balaguer muestran hacia uno o varios de los tres textos con relación al restante o restantes. La variedad observada en este sentido nos obliga a presentar las siguientes distinciones:

a) Aproximación mayor de Balaguer a Horta y Miravet, respecto a Lérida.

La muestran el cap. 21 del estatuto de la pachería y sobre todo los 29 y 36 de la recensión procesal ¹²⁷.

b) Aproximación mayor a Miravet, respecto a Lérida y Horta.

127. La aproximación fundamental del cap. 21 de Balaguer a sus paralelos, 20 de Horta y 41 de Miravet frente al 58 de Lérida, reside negativamente en que los tres primeros no incluyen el inciso de Lérida que encomienda a "duos viros honestos" la misión inspectora de los bandos a establecer por las autoridades locales. La del cap. 29 de Balaguer, a los correspondientes 44 de Horta y 77 de Miravet, se cifra en la necesidad de libelo escrito en las demandas superiores a cierta suma, mientras en el 109 de Lérida, el actor actúa en todo caso "viva voce". La escueta obligación del testigo de declarar verazmente en juicio, consignada de modo sustancialmente coincidente en cap. 36 de Balaguer, 63 de Horta y 106 de Miravet, presenta en cambio, en 133 de Lérida, buen número de salvedades o condicionamientos.

La muestran el cap. 20 del estatuto de la pahería y los 37 y 54 de los «Plets de la Cort» (el 54 no halla correspondencia alguna en Horta) ¹²⁸.

c) Aproximación mayor a Lérida, frente a Horta y Miravet.

La muestra sólo el cap. 45, al no incluir, como hacen en cambio Horta y Miravet, las armas, entre las apuestas prohibidas en juego.

d) Aproximación mayor a Horta, frente a Lérida y Miravet.

La muestra sólo el cap. 23, en la fijación concorde de los veinte años de edad para considerar al menor como mayor a todos los efectos y que en Lérida baja a los catorce completos, mientras Miravet no admite edad alguna de minoridad en este sentido.

e) Distanciamiento absoluto de Balaguer respecto a textos discrepantes de Lérida, Horta y Miravet.

La muestra sólo el ya aludido cap. 48, que resuelve la situación del deudor insolvente, con una mera preconización pública a efectos cautelares, en tanto Lérida, establecía su *traditio* en poder del acreedor, y Horta a un juramento periódico de insolvencia. Miravet no contempla tal situación.

14. La reflexión sobre los análisis precedentes y sus interrelaciones puede conducirnos a algunos resultados sobre la filiación concreta de las Costumbres de Balaguer, no demasiado concluyentes ciertamente, por el acentuado casuismo y singularidad de alguno de sus elementos.

Desde luego, la inspiración fundamental de las Costumbres de Balaguer en las Costumbres de Lérida queda plenamente confirmada al advertir las notorias coincidencias (o diferencias accidentales) de fondo que acusan buena parte de sus capítulos en comparación con las discrepancias sustanciales y soluciones opuestas, mucho menores que aquéllas. Una redacción ilerdense se tuvo a la

128. El cap. 20 se acerca al 20 de Miravet en admitir el arbitraje de las autoridades vecinales no sólo antes de incoarse el pleito ante la curia (como se establece en Lérida y Horta), sino también después de incoado. El 37 coincide con el 104 de Miravet en la valoración del testimonio de un testigo *fidedigno*, y hasta la suma de 20 sueldos, frente a Lérida y Horta que omiten esta calificación y elevan la suma a 100 sueldos. El 54 coincide a su vez con el 124 de Miravet en el empleo de "censatarius" y "census" frente al "emphiteota" y la "pensio" de Lérida.

vista en la confección de las diferentes recensiones o partes integrantes de las Costumbres balaguerinas.

Más problemáticos resultan los intentos de identificar esta redacción utilizada, dado que deba descartarse la reflejada por el texto actualmente conocido, de cristalización tardía, según ha mostrado el agudo ensayo de A. M.^a Barrero y que, a posteriori viene a corroborar a su vez el análisis del texto de Balaguer.

Un primer paso en este camino nos lo brinda la mayor aproximación de dicho texto a los mss. ilerenses *C* y *E*, y más concretamente al *C*, así por estructura textual como por el contenido, según se ha puesto de relieve en anteriores páginas. Tales mss. en opinión de Barrero serían los más cercanos al texto original, en atención al paralelismo que presentan con las redacciones de Horta y Miravet, así en la distribución de algunos capítulos como en alguna coincidencia de contenido¹²⁹ y presupuesto que las peculiaridades de los textos de Horta y Miravet respecto al conocido de Lérida conducen a su obligada inspiración en una versión anterior y distinta de este último. De ello resulta que, en principio, las Costumbres de Balaguer al igual que sus colaterales de Horta y Miravet deben considerarse tributarias de la versión original —o muy próxima a la misma— de las Costumbres de Lérida.

Esta hipótesis queda reforzada si advertimos por un lado que buena parte de los apuntados paralelismos señalados entre la estructura externa de varios capítulos de Balaguer y la ofrecida por los mss. ilerenses *C* y *E*, así como alguna conexión particular de contenido, se producen asimismo en los correspondientes artículos de Horta y Miravet o de alguna de estas dos redacciones¹³⁰.

129. Vid. su referido trabajo ya citado, pág. 534, nota 114 y pág. 509, nota 69. Podrían añadirse algunas conexiones más en orden a la estructura o distribución de capítulos presentada por los mss. ilerenses *C* y *E* en relación a párrafos semejantes en Horta y Miravet. Vid., p. e., los caps. 123, 124, 133 y 139 de Lérida. Respecto a la coincidencia de contenido del cap. 61, con Horta y Miravet, debe precisarse que ésta se da, respecto las variantes de los mss. *C* y *D*, no *C*. y *E*.

130. Vid. nota 121. Así, la estructura de los caps. 30 y 50 de Balaguer se refleja en la equivalente de los 97 y 98 de Miravet y parcialmente en la 58 de Horta; la del cap. 36 en los 63 de Horta y 106 de Miravet, la del cap. 44 en la 95 de Miravet, la del cap. 59 en la del 67 de Horta. Sólo la de los caps. 24 y 25 —entre los correspondientes a los deslocados en los mss. *C* y *E*— no halla su parejo en Horta ni Miravet.

Y por otro que, aparte esta relación indirecta, acabada de apuntar, la vinculación de las Costumbres de Balaguer con las de Horta y de Miravet en orden a su fondo y contenido aparece bien patente de los índices particulares de aproximaciones expuestos hace unos momentos: en los puntos de discrepancia presentados por las redacciones conocidas de Lérida, Horta y Miravet, las Costumbres de Balaguer tienden a aproximarse más a las soluciones de Horta y Miravet que a las de Lérida, y aún dentro de aquéllas, a las de Miravet respecto a Horta ¹³¹.

Todo ello, en resumen, nos lleva decididamente a conectar nuestro texto balaguerino con aquella supuesta versión ilerdense que en sus respectivos momentos sería utilizada para la redacción de las Costumbres de Horta y sobre todo para las de Miravet y que A. M. Barrero configura de manera probable como el texto originario latino elaborado por Botet hacia 1228 y aún en uso a fines del siglo XIII y principios del XIV ¹³², bien que en Miravet se sirvieran de una traducción catalana del mismo, efectuada en los primeros años de este último siglo (si no antes), y sustancialmente fiel a la latina ¹³³.

En orden a coincidencias de contenido, la del cap. 61 de Balaguer con el 61 de los ms. *C* y *D* de Lérida se halla a su vez con respecto a los caps. 16 de Horta y 55 de Miravet, diferenciados todos (en la fijación de un plazo) de la versión de los restantes manuscritos ilerdenses.

131. La excepción a esta nota, representadas por el cap. 45 de Balaguer, puede considerarse casual.

132. Vid. trabajo citado, pág. 530, parágrafo 10.

133. Debe tenerse presente que la realidad de una versión originaria de las *Consuetudines Ilerdenses* distinta de la actualmente conocida y en la que se habrían inspirado, bien que de modo independiente, las redacciones de Horta y Miravet se basa fundamentalmente en el nutrido grupo de coincidencias —la mayor parte, de contenido— entre ambas redacciones frente al texto ilerdense conservado, sagazmente señaladas por Barrero (vid. su trabajo citado, pág. 523 y ss.). La entrada de las Costumbres de Balaguer en este juego de relaciones textuales permite consolidar esta inducción, dada la similitud de diversos capítulos de su texto con otros de Horta y Miravet frente a los correspondientes de Lérida, según se ha señalado hace poco. Pero interesa destacar como elemento complementario de tal impresión, la especial relevancia de algún caso que pasó desapercibido a la mencionada autora, a saber la relación entre Lérida 137 *a* con Miravet 124 y ahora con Balaguer 54. El texto de los tres, sustancialmente idéntico, alude a la facultad del censatario de dimisión de la cosa

No cabe avanzar muchos pasos más en nuestra pista. Puede pensarse con toda probabilidad que la versión ilerdense utilizada en Balaguer sería la latina, no la catalana, dada la redacción en latín de todo nuestro texto. Ello permite inducir que la elaboración de sus diversos elementos se realizaría, como ocurre en Horta, en época anterior a la confección de dicha versión romance, pues de haber existido ésta parece se hubiera preferido la misma como ocurrió en Miravet. La falta de referencias cronológicas seguras para las Costumbres de Balaguer nos impide estrechar más nuestro cerco de conjeturas.

Pero tal vez, aunque no sin un confesado escepticismo, podamos arriesgar otra que nos llevaría a atribuir a nuestra redacción balaguerina su procedencia respecto de una versión anterior a la utilizada por las de Horta y Miravet. El único apoyo para tal conjetura lo hallamos en las peculiares expresiones de algunos textos de Balaguer en relación con sus similares de Lérida, Horta y Miravet. Como más significativos al respecto debemos invocar el cap. 58 de Balaguer con sus correspondientes 139 c de Lérida, 66 de Horta y 109 c de Miravet, normación relativa a la provisión

tenido en censo; pero mientras en Balaguer y Miravet se emplean los vocablos más comunes de "censatarius" y "census", en Lérida aparecen en su lugar los de "emphiteota" y "pensio", de sentido más técnico y evolucionado, que reflejan una indudable modificación posterior a la redacción originaria. Tal evolución terminológica puede apreciarse análogamente entre el cap. siguiente [55] de Balaguer y el 43 de Lérida, aunque aquí sin el apoyo de Miravet, ya que en su capítulo similar [31] utiliza una paráfrasis elusiva de unos y otros términos.

La ya mencionada coincidencia del cap. 61 balaguerino con los similares de Horta y Miravet y las variantes de algunos mm.ss. ilerdenses (vid. nota 130), vendría también a reforzar la razonable hipótesis de una versión originaria de las Costumbres de Lérida, distinta de la actualmente conocida.

La aportación de las Costumbres de Balaguer a la consolidación de tal hipótesis alcanzaría además a la precisión de alguno de sus aspectos concretos, como p. e., al de su supuesto contenido. El análisis comparativo con Horta y Miravet realizado por Barrero, permitía fijar aquél en un mínimo de 90 capítulos, los comunes al texto conocido y a los de Lérida, Horta y Miravet, más los tres coincidentes en estas dos últimas redacciones (vid. trabajo citado, pág. 531). Este elenco puede ser ahora incrementado con los nueve capítulos procedentes de Lérida, que utilizados en Balaguer, no figuran en Horta y Miravet.

de alimentos a la viuda reciente según fuera la calidad de su *dos*. El texto de Balaguer presenta la distinción entre su consistencia «in rebus mobilibus» o «in rebus immobilibus», en tanto los otros tres la expresan con una leve modificación: «in pecunia numerata» («pecunia» simplemente en Horta, «aver comptat» en la versión catalana de Miravet) o «in possessionibus rerum immobilium» («in possessionibus» simplemente en Horta; «coses sien» en Miravet catalán). Parece claro que la versión originaria, por más común y homogénea en su formulación deba ser la de Balaguer, respecto a la cual, las otras tres reflejarían un paso evolutivo al sustituir uno de sus términos, los bienes muebles por la «pecunia numerata» de sabor más culto y romanizante. Semejante evolución pudimos apreciarla en los capítulos relativos al censo-enfiteusis (vid. nota 133), pero allí afectaba sólo al texto ilerdense, y por ello podía revelar una modificación ulterior a la versión base de las de Miravet y Balaguer. Aquí, en cambio, en aplicación del criterio utilizado para detectar la evolución del texto ilerdense, deberíamos reconducirnos a una versión anterior a la contemplada hasta ahora, o si se quiere, sencillamente en una forma más arcaica de la misma en la que no se había incoado todavía la evolución que refleja la transformación de los bienes muebles en la «pecunia numerata», pues a tenor de tal criterio, la nueva expresión debía figurar ya en la forma o versión inspiradora de Horta y Miravet. De aceptar esta hipótesis las Costumbres de Balaguer podían constituir la primera derivación de las Costumbres de Lérida, aunque cabría también, desde luego, que aun tomando por base dicha versión más antigua, lo efectuara tardíamente, sobre una tradición manuscrita subsistente paralelamente a la formación de la más evolucionada. Reiteramos, con todo, la endeblez de esta conjetura, dado su reducido apoyo textual ¹³⁴.

134. Más endeble resulta todavía la aportación del otro texto aludido, el cap. 50 de Balaguer, en su relación con los 124 *b* de Lérida v 98 *b* de Miravet. Reconocen tales capítulos el valor decisivo del juramento prestado por el acreedor de no haber sido satisfecho de su crédito a efectos de una rápida recuperación del mismo. Pero mientras en Balaguer no se exige a dicho acreedor requisito especial en tal caso, en Lérida y Miravet se alude a que exhiba un *instrumentum publicum* acreditativo de su derecho. Creemos que tal exigencia y su forma de expresión, por ser común a Lérida y Miravet debería figurar en la versión inspiradora de este

Las Costumbres de Balaguer resultan, pues, en definitiva, tributarias de las *Consuetudines Ilerdenses*, lo sean de una u otra versión, más o menos antigua, que sirvió de modelo inspirador para aquellas en uno o varios momentos y en grado distinto para sus diversas partes. Pero, en todo caso, nuestro texto no deja de ofrecer una cierta originalidad ya que presenta indiscutibles singularidades respecto aquel modelo, exponentes de una actitud no meramente pasiva o receptiva por parte de sus anónimos redactores, sino de cierta iniciativa propia. Estos supieron modificar determinados preceptos ilderdenses en lo que estimaron oportuno para ajustarlos a las exigencias de los tiempos, a las conveniencias del lugar, a los usos propios del vecindario. Pueden advertirse tales modificaciones y retoques en interesantes y significativos capítulos, unos incidentes en el plano meramente civil¹³⁵ otros, también de índole civil, pero vistos bajo una cierta óptica procesal¹³⁶, otros, en una línea específicamente forense¹³⁷. Aparte tales modificaciones

último texto y dada la connotación de su tecnicismo, supone también, como en el caso del cap. 58, una precisión o perfeccionamiento evolutivo respecto a la formulación de Balaguer, carente de la misma, la cual, por ello podría reflejar igualmente, en el desarrollo de la redacción ilderdense, una forma o versión anterior a la utilizada como fuente de los restantes textos de la familia.

135 Así, la "restitutio in integrum" para la menor edad, quedó detenida por disposición de las autoridades locales, en los veinte años (cap. 23), a diferencia de los catorce, en Lérida (cap. 62); a las prescripciones de treinta años, de esta ciudad, añaden la de cuarenta (cap. 39); y en el disfrute del esponsalicio por la mujer viuda o con marido indigente, introdujeron, frente a su recepción total por la misma, la posibilidad de disfrutar tan solo de la mitad con diferentes condiciones en cada caso, a opción del marido o sus herederos (cap. 57).

136. Notables modificaciones en la esfera del cumplimiento de las obligaciones, representa la introducción del *beneficium excussionis*, fruto también de una explícita iniciativa de las autoridades locales sobre una costumbre general anterior (cap. 47), y la sustitución de la dura penalidad de la prisión privada impuesta al deudor insolvente por una medida más suave como era la de su mera preconización pública como tal, a efectos cautelares (cap. 48). Por razón de coherencia con esta sustitución, se operaría la supresión del primer inciso del cap. 60 bis de Lérida al trasladarlo al cap. 46 de Balaguer.

137. Balaguer ha fijado la cuantía de siete sueldos como límite máximo para las demandas orales, sin libelo (cap. 29) y coherentemente, también para el pronunciamiento oral de la sentencia (cap. 40). En Lé-

derivadas de respectivos capítulos de Lérida, los redactores balaguerinos introdujeron también preceptos totalmente nuevos, a fin de complementar o aclarar la regulación reflejada por los capítulos de recepción ilerdenses, o llenar los vacíos que pudieran presentar la adopción aislada de normas del modelo principal¹³⁸. Y cabe señalarse también la acción más sencilla de retoque o modelación de ciertos capítulos ilerdenses en extremos más accidentales para ajustarlos al contexto local balaguerino¹³⁹. La habilidad de los compiladores de Balaguer en la manipulación del texto ilerdense se muestra asimismo en la mejor sistematización de ciertos preceptos, que presentan asociados frente a la eventual dispersión de sus correspondientes ilerdenses¹⁴⁰. Esta preocupación ordena-

rida, en cambio, se admitía en todo caso la actuación sin libelo, y ha matizado, con cierta minuciosidad, la exención de costas por el vencido respecto al vencedor, aceptada para los "negocios principales", pero determinando en cambio, de modo propio, que excepciones interpuestas en el curso del proceso permiten imponer o no dichas costas (cap. 42).

138. Así, p. e., con relación al artículo últimamente citado (42), debe señalarse, a su vez, la total originalidad que representa el cap. 41. de plena invención de los redactores balaguerinos, al regular un extremo complementario del anterior, el referente a los gastos de la primera sentencia y de su apelación. Esta oportunidad de introducción de nuevos capítulos de ajuste a la redacción, se advierte también, en el cap. 38, que complementa al 37, en sede de juramentos, los 26, 27 y 28 que lo hacen respecto a los inmediatos anteriores sobre foro competente, el 60, que aún extrapolado de su propio lugar se conecta indudablemente con los 46 y 49 relativos al tercio a satisfacer como arancel de la curia, etc., etc.

139. Así, p. e., el cap. 15, que ha fijado la fiesta de San Bartolomé (celebración de las ferias anuales), para proceder a la elección de los magistrados municipales, que en Lérida no tenía fecha determinada; el 21, que parecidamente la señala para la designación de los *vedalarii*; el 32, que, concreta en junio y septiembre los meses en que por razón de labores agrícolas, se admitía una dilación procesal, también sin fijar en Lérida. Parecido sentido tendría la supresión del primer inciso del cap. 133 de Lérida, en el 19 de Balaguer (testimonio femenino limitado a las cuestiones surgidas en los baños), dada la inexistencia de esta localidad de tales establecimientos, y la del inciso final del cap. 45 de Lérida, en el 19 de Balaguer, innecesario también al no darse en la misma el supuesto de unos seguidores de la curia regia, exentos por ello de contribución comunal.

140. Es lo que advertimos, p. e., en los 44 y 45 (el segundo, evidente excepción particular a lo establecido en el anterior) cuya correspondencia

dora se refleja a su vez, en algunos otros capítulos, donde se ha procurado reunir la normativa de varios del texto ilerdense, dándole una elaboración más unitaria y armónica ¹⁴¹.

Para terminar este examen comparativo de las Costumbres de Balaguer con las de Lérida, apuntamos unas rápidas notas sobre sus relaciones en el orden redaccional. Es difícil ofrecer una impresión precisa de la tónica literaria de nuestro texto en relación con su fuente ilerdense, algo convencional, por lo demás, si partimos de la conclusión de que el texto conocido de la misma refleja una versión ulterior, reformada, a la que le sirvió de modelo, la cual, a juicio de Barrero ¹⁴² presentaría una forma menos concisa que la que ha llegado hasta nosotros. Ya hemos indicado que la correspondencia textual no se verifica siempre entre capítulos íntegros, sino que con frecuencia, afecta sólo a determinados párrafos dentro de cada capítulo. Pero sentada esta adecuación parcial, se puede afirmar que, en general, la redacción de Balaguer corre sustancialmente paralela a la de Lérida, sin grandes diferencias en orden a explicación o abreviación de su contenido. La mayor amplitud o simplificación que se descubra en la redacción material de buena parte de los capítulos paralelos proviene generalmente del despliegue que adoptan en ellos los principios normativos correspondientes, al admitir u omitir determinados presupuestos o condicionamientos, o concretarse en soluciones distintas ¹⁴³. Con

ilerdense —123 *b* y 81— se presenta, como puede verse, en forma más dislocada; en los 54 y 55, ambos reguladores del censo y que hallan sus equivalentes en los 137 *b* y 43 de Lérida (este último, con el que fue forzada su colocación por la procedencia de un privilegio real).

141. Vid., p. e., el cap. 29 de Balaguer, que integra en realidad el contenido de los 109 y 107 de Lérida, convirtiendo la disposición de este último, en una fórmula literal, que venía en cierto modo implicada en el primero. También en el cap. 51, se han reunido, o mejor yuxtapuesto, alusivas normaciones que en los demás textos de la familia ilerdense, suelen hallarse esparcidos en varios capítulos o párrafos de los mismos (p. e., en Lérida 134 *a*, 144 *a*, 145 *a*). Y dentro el estatuto de la padería, advertimos cómo en el cap. 21, se ha involucrado en una ordenación conjunta, la facultad municipal de establecimiento de bannos o cotos (cap. 58 *a* de Lérida) con la de designación de *vedalarii* o guardas rurales (cap. 89 de Lérida).

142. Vid. trabajo citado, págs. 531-532.

143. Es lo que ocurre, p. e., en los caps. 42, 47 y 57, más desenvueltos

todo, nótase, indudablemente, en Balaguer, cierta tendencia a adoptar una tónica de mayor desarrollo que en Lérida —no tanto ciertamente como en Horta y sobre todo Miravet—, más ostensible, p. e., en algunos capítulos que parecen glosar el principio establecido en los mismos con algún ribete razonador y explicativo¹⁴⁴. Pero son también numerosos los capítulos en que ambas redacciones muestran una fundamental afinidad de estructura y desarrollo¹⁴⁵.

Sin embargo, dentro de este encuadramiento básico de correlación textual, debe señalarse la patente diferenciación de estilo redaccional entre ambos cuerpos normativos. El giro de las frases y oraciones presenta una configuración peculiar en Balaguer, reveladora de una mano diestra en el manejo de la lengua, que sabe liberarse del modelo literario ilerdense, manteniéndose fiel a su contenido en el nivel que se ha estimado oportuno. En este extremo, de difícil enjuiciamiento para nosotros, osaríamos advertir en Balaguer una mayor elegancia y soltura en la construcción de los períodos y frases de determinados capítulos respecto a sus similares ilerdenses¹⁴⁶. Pero es cierto también que no se trata de una constante, presente a lo largo de todo el capitulado, ya que en algunos casos se ha optado por una fácil transcripción del texto, a veces muy próxima a la literalidad¹⁴⁷.

en Balaguer, y en los 31, 36, 48 y 55, más simplificados, por la razón apuntada.

144. Muy expresivos en este sentido resultan los caps. 22, 48 y 29 de Balaguer. Al final del primero, tras haber señalado la distribución del montante de los bannos o multas por partes iguales entre la curia (el batlle), el denunciante y la municipalidad, viene a justificar en un inciso, de manera bien explícita, la atribución del tercio del batlle: "Baiulus, autem, sicut ei denunciatum fuerit faciet per sayonem suum banno pignorrari commissa. Et propter hoc est, ut detur sibi tertia pars, constitutum". En el 48, al determinarse la pública preconización del deudor insolvente, por toda la ciudad, se precisa la finalidad de tal medida: "ut quilibet sibi caveat ne secum contrahat in futurum". En el 29, tras establecer el procedimiento oral para asuntos inferiores a siete sueldos, se ha querido especificar la fórmula literal a emplear en el mismo.

145. Pueden espigarse, p. e., los caps. balaguerinos 34, 37, 39 y 49, y sus respectivos ilerdenses 108, 132 b, 147 y 153 b.

146. Vid., p. e., caps. 24, 34, 47 de Balaguer y los respectivos 106, 108 y 59 de Lérida.

147. Así, los caps. 63 y 33 de Balaguer en relación con los respectivos ilerdenses 76 y 75.

IV

LAS «ORDINACIONES» DE LA MUNICIPALIDAD DE BALAGUER

15. El derecho local balaguerino, configurado a través de privilegios condales y reales, y plasmado fundamentalmente en la redacción de las *Consuetudines* atentamente examinadas, se completaba, en cierta manera, con el complejo de ordenanzas o bandos que las autoridades de la Pajería establecieron para el régimen interno de la ciudad. Este tipo de fuente jurídica local, tan generalizado en las municipalidades catalanas, así como de otras regiones, aunque de inferior rango o categoría en su dimensión normativa, no dejan de ofrecer un interés singular. Constituyen, en efecto, un reflejo de la actuación ordinaria del organismo municipal en la regulación de las numerosas y menudas cuestiones entrañadas por la vida corriente de una comunidad vecinal, en las esferas de policía, así urbana como rural, sanidad, buenas costumbres, etcétera ¹⁴⁸.

Las autoridades municipales balaguerinas empezaron formalmente a ejercer esta actividad reglamentista a partir de 1311, es decir, a raíz de la restauración oficial y definitiva del régimen de pajería, por el tan citado privilegio de Ermengol X, después de la oportuna revisión de sus antiguas constituciones o estatutos. Uno de los capítulos de este privilegio (integrante de dichos estatutos) facultaba a los pajeres y consellers para convocar consejo gene-

148. Sobre el carácter de estas Ordenanzas municipales de Cataluña y sus textos, conocidos o publicados, vid. aparte de la nutrida colección que dio a conocer hace ya algunos años F. CARRERAS CANDI, *Ordinacions urbanes de bon govern a Catalunya (s. XIII-XVII^e)*, en *Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona*, vols. XI (1923-24), págs. 292-334, 365-431 y XII (1925-26), págs. 37-62, 121-153, 189-208, 286-295, 368-380, 419-423, 520-533, con unas orientadoras indicaciones preliminares, las referencias dadas por nosotros en el prólogo de la edición de *El "Llibre de la Cadena" de Reus*, por J. M.^a GUIX, SUGRANYES, Reus, 1963. vol. I. Por su cercanía geográfica a Balaguer, nos permitimos citar aquí, de modo expreso la publicación de las "*Ordinacions de la vila d'Ager (1278)*", por E. SERRA RAFOLS, en *Revista Jurídica de Catalunya*, XXXV (1929), págs. 52-59, reproducido años después por J. C. SERRA RAFOLS, *Legislación medieval en un valle pirinaico. Las "Ordinacions" de la vila de Ager e . el año 1278*, en *Pirineos*, V (1949), págs. 219-251.

ral y establecer, ampliar, reducir o modificar «bannos» y «constituciones», así como nombrar guardas jurados, anualmente, alrededor de la fiesta de San Miguel de septiembre¹⁴⁹. La significación de este precepto como punto de partida del establecimiento en «Ordinacions» era reconocida por las propias autoridades del municipio, las cuales lo invocaron explícitamente al efectuar la transcripción de las mismas en un nuevo libro¹⁵⁰ y a mayor abundamiento, reprodujeron, en una versión catalana, el texto íntegro del privilegio al frente del cuerpo de dichas Ordinaciones¹⁵¹.

16 Estas primeras ordenanzas conocidas aparecen como formuladas en 1.º de julio de 1313, por obra de la pachería ya restaurada

149. "Item, paciarii cum consiliariis possint per se ipsos consilium convocare et congregari facere, cotos, bannos et constituciones facere, imponere, minuere et aumentare et vedalarios seu vinyogols aut messengers mittere et ordinari sicut eis videbitur, et quod hoc fiat annuatim in die dominica post festum beati Michaelis mensis septembris vel alio quolibet die vel in proxime, prout melius eis hoc videbitur expedire (AMB, Pergaminos de Privilegios n.º 7 y *Llibre de Privilegis* fols. 98vº-101vº). Publicado en *Apéndice* n.º IV.

150. Vid. infra nota 163. Decía en el preámbulo el redactor del mismo: "E en lo començament del present libre es demostrat per escrit largament lo privilegi que'ls prohombres de la dita Ciutat en temps passat obtingueren el offici de la Pacheria del molt noble baro e senyor lo senyor N'Ermenjou, de bona memoria, comte d'Urgell per la tenor del qual privilegi los prohombres de la dita ciutat de Balaguer poden fer cots, ordenacions, establiments e posar bans duradors aytant com els prohombres de la dita ciutat plaura e creixer e minuar aquells tota vegada segons que a lur gran saviesa sera ben vist faedor".

151. Ignoramos cuándo y cómo se redactó esta versión catalana del privilegio de 1311. Pero lo más interesante de esta inserción, efectuada como se indicará luego, en 1354, es el hecho mismo de que en tal ocasión, las autoridades de la pachería utilizaran dicho privilegio que contenía la versión reformada de los estatutos de la misma, a diferencia de los colectores o transcritores de las *Consuetudines* que, según señalamos oportunamente, no conocieron o prescindieron de la misma y recogieron dichos estatutos según la forma anterior a dicha revisión, a pesar de que su labor se efectuaría posiblemente en época no muy distante de la fecha de traslado de las "Ordinacions" al nuevo libro. La autoridad de un privilegio del conde, puede explicar, seguramente, el que se invocara el mismo por los pacheres como fundamento legitimador de su potestad reglamentista, en tanto la redacción de las *Consuetudines* aun integrada en un código o libro de la municipalidad no pasaría de ser un texto desprovisto de carácter oficial, bien que considerado con vigencia y observancia en la práctica.

y en normal funcionamiento, pero no debe excluirse que con anterioridad a tal fecha, se hubiesen ya promulgado algunos establecimientos, puesto que en el encabezamiento de su redacción original se hace constar que «comence aquest libre el qual son escrits e ordenats tots los ordinaments dels bans de la ciutat de Balaguer *veylls e novells* en aquesta manera que es segueix. .» y se precisa, a continuación que el encargo dado a los redactores de dicho cuerpo fue el de «examinar e corregir e adobar e ameylorar *tots bans ja ordenats* per los prohombres de dita ciutat e encara a *posar e a fer altres bans noveylls* segons lur bon visare e discreció». Tales expresiones parecen aludir bastante claramente a una confirmación y renovación de anteriores «ordinacions» cuyo origen no sólo podría situarse a raíz del mismo año 1311 sino incluso a la época de la supuesta primera pahería (hacia el tercer cuarto del siglo XIII), ya que los estatutos de aquélla, que, como sabemos, conservaban y exhibieron los prohombres de la ciudad al conde Ermengol en 1311, contenían igualmente la referida autorización de promulgar Ordenanzas¹⁵². Y además, nos consta positivamente que la *universitas de probi homines* de Balaguer (es decir, la asamblea o consejo inorgánico de la ciudad que seguía actuando como representación de la misma desde antiguo) ejerció también en algún caso tal función ordenancista, según se colige de una referencia concreta al año 1288, en que estableció la prohibición de entrada de vino forastero en la ciudad¹⁵³.

Pero, a salvo de estos posibles antecedentes, el cuerpo de «Ordinacions» conservadas, se reconduce básicamente a la recolección formada en la referida fecha de 1.º de julio de 1313, por una comi-

152. Constituye el capítulo numerado como [22] en las *Consuetudines*, según publicamos en el *Apéndice*, n.º I.

153. AMB, Pergamino n.º 19 (Inventario de pergaminos del año 1328, con referencia al pergamino de numeración [34]). La decisión, tomada a 9 de las kalendas de marzo de 1287, limitaba la aludida prohibición al plazo comprendido entre Todos los Santos y Pascua, y fue objeto de una confirmación por el conde Ermengol X en 1309 (Id. id. referencia a n.º [35]) con prórroga de dicho plazo hasta dos meses después de Pascua, y por el Infante Don Alfonso en 1324 (Id. Privilegios, n.º 17), con nueva prórroga hasta un mes de pasada la fiesta de San Juan de junio. La confirmación del conde Pedro I (fecha incierta, de mediados siglo XIV?) se cifraría en una prohibición general (Vid. su texto al final de las *Consuetudines*, publicado separadamente en nuestro *Apéndice* n.º V).

sión constituida por los cuatro paheres y seis consellers, designados a tal efecto por el consejo general de prohombres de la ciudad, reunido en la iglesia de San Salvador, con asenso del batlle del conde. No puede asegurarse si *todas* las «ordinacions» o preceptos que siguen a esta declaración previa se aprobaron en el mismo acto o fueron el resultado de sucesivos acuerdos, pues aunque sólo figura una declaración semejante con fecha distinta, por otra parte de muy dudosa autenticidad ¹⁵⁴, sin embargo, en el inicio de cada una de las series de disposiciones relativas a un oficio o actividad distinta suele repetirse la indicación de que fueron ordenadas por los prohombres (también por los paheres) y aprobadas por el *batlle* y consejo general. Y tal sería el procedimiento ordinario de elaboración y promulgación de las ordenanzas o bandos en el seno de la municipalidad ¹⁵⁵.

17. No nos ocupamos con detalle del contenido de las «Ordinacions» balaguerinas, pues sus textos son los más conocidos entre los del derecho de la ciudad al haber sido objeto de una publicación virtualmente completa por el historiador Carreras Candi y de unos amplios comentarios por el P. Sanahuja ¹⁵⁶. Precisaremos,

154. Se trata de la referencia que precede a los tres últimos grupos de *bannos*: “En l’an de MCCCXXXVII el mes de Jener. Los prohomens d’aquesta ciutat ab consentiment e concell d’en Bernat de Senta Linya ladonchs batle en la ciutat de Balaguer per senyor comte N’Ermengou, ordenaren e establiren...”. Ahora bien, en 1337, no gobernaba el condado ningún conde Ermengol, sino el infante Jaime, y según las referencias del P. SANAHUJA (*Historia de Balaguer*, pág. 156), en tiempos del mismo era batlle Pere Emerich, bien que no pueda asegurarse la duración de su mandato. Respecto a Bernat de Santa Linya, sabemos que era difunto ya en 1329 (AMB, Pergaminos diversos, n.º 18).

155. Vid., p. e.: “Comencen bans de pescadors... los quals son ordenats e aprovats pel batle e pels pahers e pels altres prohomens d’esta Ciutat en conseyll general. .”; “Comencen bans de çabaters establits e ordenats pels prohomens e per lo batlle del senyor Comte aprovats e confermats en conseyll general...”, “Item ab conseyll e voluntat e exprés manament del senyor Ermengou comte damunt dit, fo ordenat ..”, etc., etc. Una rúbrica, la *Ordinació feta pel consell general*, lleva tres capítulos que Carreras Candi (loc. cit., en nota 156) estima fueron añadidos más tarde.

156. Carreras Candi las incluyó en la serie de *Ordinacions* catalanas publicadas en el trabajo citado en nota 148, ocupando, en el mismo, dentro el vol. XII (1926) del Boletín referenciado, las págs. 372-380, 419-423 y 520-533. Parece que, con anterioridad habían sido publicadas en folleto

tan solo, que el cuerpo dispositivo —el aprobado en 1.º de julio de 1313— se inicia por un acuerdo general sobre la distribución de «tot çó que i'xque dels bans trencats, escrits en est libre», es decir, de las multas inherentes a la infracción de las ordenanzas, a efectuar en tres partes iguales: una para el conde (debe entenderse seguramente para su batlle y agentes), por su actuación ejecutiva o prendaticia en la exacción de las mismas, y las otras dos para «la universitat dels prohomens de la ciutat», de las cuales, una probablemente se entregaría al denunciante, en suma, el tradicional principio previsto ya en el cap. [22] de las *Consuetudines*. Siguen a continuación los capítulos relativos a los diversos oficios: carnicers, pescadors, çabaters, teixidors, cequiers, ferrers, readors e messepiers, molners. A estos, otros «bans diversos ordenats dins los murs de la ciutat», con acusada tónica de policía urbana, y la *Ordinació feta per consell general*, que por citarse como ordenada por el conde Ermengol, no puede ser posterior a 1314, a la que sigue la dels «vinaders». La última parte lleva, según ya se ha aludido la referencia a su promulgación en enero de 1337, pero la atribución al batlle del conde Ermengol, hace dudosa esta fecha, deslizada tal vez como error de copia, y por ello, reconducible posiblemente al mismo año inicial de 1313, como las demás. Justamente, el primer capítulo de este grupo viene a confirmar aquella ordenanza sobre prohibición de entrada de vino forastero que arranca de 1288 con derivaciones posteriores, y que ahora se matizaba con la excepción de permitirla sólo para auxilio de personas enfermas, por un breve plazo. Se termina la serie con otras disposiciones referentes a «flequers» y «tiners».

18. Todo este cuerpo de «Ordinacions» se hallaba escrito y anotado en un libro, el llamado «libre vermeyl de la Pahería», iniciado seguramente a raíz de aquella recolección de 1313, pero que con el paso del tiempo se había ido deteriorando sensiblemente, y en 1354 era considerado ya como «un libre antich quaix tot esquar-

extraordinario de la revista local balaguerina "Plà i Muntanya", págs. 25-47, según referencia del P. SANAHUJA, *L'antiga ciutat de Balaguer*, página 118. Este las comentó a su vez en las págs. 118-124 de esta obra, como también en su *Historia de Balaguer*, pág. 273 y ss. Afirma el P. Sanahuja haber sido él el transcriptor originario del texto, facilitado luego al Sr. Carreras Candi, quien lo publicó como propio.

nat e destroit». Por ello, los paheres de aquel año, Francesc de Murell, Pere Cervero, Pere de Santa Linya i Arnau de Castre, acordaron trasladar literalmente su contenido en un nuevo libro, en ocasión de cuya copia o traslado se consignaron aquellas declaraciones y transcripción íntegra del privilegio de 1311, a que hemos aludido al iniciar este apartado. Con posterioridad a esta transcripción, se añadiría, muy entrado el siglo xv unos breves capítulos u ordenanzas adventicias formuladas seguramente por el conde Pedro I, en la Selva del Campo en 17 de febrero de 1404, relativas a policía de edificaciones y una *Ordinació* del consejo general de 27 de enero de 1435 sobre precio de venta de la volatería y caza en la ciudad de Balaguer¹⁵⁷. Opina muy razonablemente el P. Sanahuja¹⁵⁸ que este nuevo libro, que él ha bautizado como «Llibre de Bans e Ordinacions e Establiments», originariamente independiente, sería más tarde encuadernado dentro del *Llibre de les Consuetuts* (o *Llibre dels Juraments*), con el cual, forma hoy una unidad codicológica externa y de foliación seguida, bien que así por la clase de pergamino de sus folios como por la disposición de su escritura, puede apreciarse patentemente la absoluta independencia de origen y formación de ambas partes¹⁵⁹.

JOSÉ M.^a FONT RÍUS

157. Estos dos grupos de capítulos no fueron recogidos en la colección de Carreras Candi, por lo cual, dada su condición de inéditos, los publicamos en nuestro *Apéndice VI*.

158. *Historia de Balaguer*, pág. 273.

159. El contenido de lo que sería este *Llibre de Bans e Ordinacions*, constituye hoy la segunda y más nutrida parte del *Llibre de Consuetuts*, extendiéndose desde los folios 24 a 64 del mismo. En el folio 24, se consigna el testimonio de su formación en 1354, con la secuencia de la copia catalana del privilegio de 1311, y en el fol. 26, empieza el cuerpo dispositivo de 1313. Las añadiduras del conde Pedro I, de 1404, ocupan los folios 64-65r^o y las de *Ordinacio* del consejo general sobre venta de caza, el fol. 65v^o. Publicamos en *Apéndice VI* las partes inéditas de estas *Ordinacions*, es decir, el encabezamiento de las mismas, y el grupo final de capítulos adventicios.

APENDICES DOCUMENTALES

I

[CONSUETUDINES BALAGARII]

- A.—Archivo Municipal de Balaguer.—*Llibre de Consuetuts, Privilegis i Ordinacions*, fols. 12-20vº (transcripción del s. XIV).
- B.—Archivo Municipal de Balaguer. Transcripción íntegra de A. en Legajo 219, Pliego 1. Cuadernos n.ºs 1 y 2. Copias en papel del s. XVIII.
- C.—Archivo Municipal de Balaguer.—Privilegios. Pergamino n.º 7. Contiene tan solo la revisión aprobada por privilegio de 25 de julio de 1311, de los Estatutos de la Pachería, caps. [15] a [22 bis]. (Traslado sin fecha de fines del s. XIV o principios s. XV).
- D.—Archivo Municipal de Balaguer.—Reproducción del privilegio de 1311, al parecer independiente del traslado B. en *Llibre de Privilegis*, fols. 98vº-101vº.

“In nomine Domini nostri Iesuchristi. Hec sunt consuetudines et privilegia hac ordinationes Civitatis Balagarii.

Quoniam iura civitatis Balagarii consistunt in donationibus, concessionibus et privilegiis principum ac potestatum et consuetudinibus scriptis et non scriptis et multotiens a pluribus vertatur in dubium que et qualiter sint concessa nobis, utile visum est hic illa ponere, inserere et manifestare, insimul, congregata et sub verbis brevibus concludere ea que in multis cartis et aliis diversimode erant sparssa, nam pauca verba efusa ydonee solent legentibus et audientibus fastidium remove. Et in primis ponemus donationes, concessiones et privilegia nobis concessa.

[1] Prima carta.

Nobilis domnus Ermengaudus Dei gratia comes Urgelli una cum assensu Geraldí vicecomitis et dompni Otonis presulis Urgellensis dat et concedit probis hominibus civitatis Balagarii et eorum successoribus libere et ad proprium alodium villam Balagarii cum terminis infra conclusis.

Dat et concedit pro terminis Balagarii, populatoribus eiusdem ex una parte acequia usque in Sicorim. De secunda de orto illo Sante Marie usque ad illum Santi Petri de Oscha.

Item dat unam devesam ad locum qui dicitur Trenchavias videlicet de sorte illa d'en Blascho Fortuynones usque in illo viarono anticho. De alia parte de illo monte usque in Sicorim.

Item dat in illa plana de Villanova de illa sorte domini Comitís usque ad Pastrin. Et de illo terricio de medio illa plana usque in Sicorim.

Item dat aliam devesiam in illa plana de Cione, scilicet de illo marge usque in Sicorim et de illa turri Barengarii Betzí usque in Cionem.

Item dat aliam deversiam versus partem Castillionis de ipsa porta de Almatano que pergit ad Castillionem usque in illo caprego et de illa via de Castillione usque in illa via de Algerre et de Albesia¹.

[2] Secunda carta.

Nobilis dominis Ermengaudus, Dei gratia comes Urgelli una cum Dulcia comitissa, eius coniuge et Ermengaudo eorum filio, concessione et consilio virorum nobilium videlicet domini Arnaldi Dei gratia Urgellensis Episcopi, Gombaldi de Ripellis, Bernardi de Angularia, Raymundi de Turri rubea, Bernardi de Cunchabela et Raymundi de Angularia qui sub eodem domino Comite potestatem et do[mi]nationem habent in civitate Balagarii, dat et concedit omnibus populationibus ville eiusdem, presentibus et futuris quod ipsi et omnes res eorum mobiles et immobiles quas ibi habuerint vel aliunde atulerint secure permaneant et quiete.

Item concedit quod ipse vel eius successores vel aliquis dominus Balagarii vel casllanus, baiulus vel sagio res eorum eis non auferat iniuste nec auferri permitat.

Vult insuper et concedit dictus dominus comes ne ius exorquie in civitate Balagarii vendicet sibi locum. Ita quod ipse vel aliquis dominus aut casllanus eiusdem non possit ab eis iure exorquie aliquid exhigere vel etiam extorquere.

Concedit eisdem similiter quod si in civitate predicta aliquis deceserit intestatus res eius que consueverunt a dominis occuparii non occupentur nec ei ulterius auferantur set fideliter et iuste parti pro eius anima dividantur et parti ad proximiores revertantur prout iustitia suadebit

Statuit etiam quod propter culpam adulterii que cucucia vocatur vir vel mulier res suas non perdat set ambo per maiorem plateam ville currant secundum consuetudinem civitatis Ilerde qua dicitur quod currant nudi et verberati.

Item, remittit solitam questiam que in dicta villa generaliter predictis hominibus imponere seu facere consuevit.

Concedit et statuit etiam quod nulli de populatoribus Balagarii qui

1. Se trata, sin duda, de la carta de población otorgada por los mencionados concedentes Ermengol VI, el de Castilla, el vizconde Guerau (de Cabrera y Ager) y el obispo Odon a un grupo de habitantes de Balaguer que habían sostenido la defensa de la ciudad, en 29 de junio de 1118. El original, actualmente perdido fue relacionado en el Inventario de los privilegios del archivo municipal de Balaguer ordenado en 1328 (Pergamino n.º 19) bajo el n.º [2] y luego [22], pero su texto se ha conservado en diversas copias cartularias. Publicado reiteradamente, vid. la edición reciente de FONT, *Cartas de población y franquicia*, I, pág. 84, doc. n.º 50. El resumen aquí ofrecido, presenta algunas interesantes precisiones topográficas respecto a su texto íntegro.

firmantiam directi dare potuerit vel voluerit in corpore vel in corpore vel in rebus ab aliquo violentia inferatur hoc tamen adiecto quod si quis ibi homicidium fecerit deductus in curiam iusto iudicio iudicetur.

Laudat similiter et concedit quod placita similiter que pertinent ad villam Balagarii non tractentur nec tractarii permitantur alibi quam ibidem².

[3] Tertia carta.

Nobilis domina Dulcia Dei gratia Urgellensis Comitissa una cum filio suo Ermengaudo Comite dat et concedit et in perpetuum relinquit omnibus hominibus Balagarii et eius territorii presentibus et futuris quod iudicium ferri candentis et aque calide sive frigide in placitis ville vel eius territorium pertineant [*sic*] non sit factum³.

[4] Quarta carta.

Illustris Iacobus Dei gratia rex Aragonum dat et concedit liberam facultatem hominibus civitatis Balagarii quod possint perpetuo in quocumque loco voluerint infra terminos Camarasie et de Merita extrahere de flumine Sicoris cequiam sive riguum et aqueductum accipere et habere ad rigandum totam planam de Cione et de Villanova in quantum extenditur terminus ville predictae ultra flumen Sicoris antedicti. Hoc idem concedit eisdem hominibus quod possint aqueductum habere de rivo de Cione sicut voluerint et ipsam aquam ducere ad rigandum planas de Cione et de Villanova predictas.

Item illustris Iacobus, Rex Aragonum statuit et mandat sub pena corporis et averiis ne aliquis molestet, turbet vel impediat aqueductum sive riguum cequie plane de Cione et Villenove aliqua ratione. Remittit et diffinit eis dictus dominus rex illum medium quartum quod ipsi sibi et aliis dominis dicti loci et cequie dare seu facere tenebantur. Hoc cum adiecto quod pro qualibet kaffiçata terre pro cequiatico annuatim quilibet possessor solvat domino XVIII denarios et non plus, excepta tamen fran-

2. Este documento es la carta puebla otorgada por Ermengol VII su esposa y los mentados señores, a la ciudad, en 13 de julio de 1174. Al igual que el anterior, su original actualmente perdido fue relacionado en el Inventario de 1328 (bajo n.º [19]), y su texto transmitido a través de diversas copias cartularias. Publicado por FONT, *Cartas de población y franquicia*, I, pág. 208, doc. n.º 149.

3. No conservamos el texto ni referencia alguna del presente documento sin que figure tampoco inventariada en el catálogo de 1328. SANAHUJA, *Historia de Balaguer*, pág. 231, lo sitúa entre 1184-1186, sin tener en cuenta que la primera fecha es la de inicio de bierno del conde Ermengol VIII, bajo la tutela de su madre D.^a Dulcia, y que en 1186, casaba aquél con D.^a Elvira, la cual figuraría conjuntamente con su esposo y la madre del mismo en documentos posteriores (Así, p. e., en uno de 1189).

quitate illa que terre de Cione supus cequiam ipsam veterem fundate ab eiusdem regis antecessoribus est concessa.

Promittit et convenit hominibus Balagarii dominus Rex predictus quod constructa a principio dicta cequia expensis dictorum hominum, postea in perpetuum ipse rex et sui successores ducent aquam dicte cequie et ipsam construent et tenebunt condirectam cum paxeriis, reclosis et aliis eius apamentis expansis propriis et mundatam usque ad vineam del Saulo, ita quod de aqua dicte cequie sufficienter homines predicti sine aliquibus missionibus eorum rigare valeant dictas planas⁴.

[5] Quinta carta.

Nobilis Pontius, Dei gratia comes Urgellensis, dat, laudat confirmat et concedit omnibus habitatoribus Balagarii et terminorum eius presentibus et futuris omnia privilegia, cartas, inmunitates, libertates, usaticos, et consuetudines bonas et omnes donationes quas eius antecessores nec non et dominus Geraldus comes pater eiusdem eis generaliter vel specialiter contulerunt, concesserunt seu donaverunt cum cartis et sine cartis quas promisit tenere, observare, per se et suos successores et facere observari⁵.

[6] Sexta carta.

Simili modo, domina Maria, comitissa Urgellensis una cum Hermengaudo eius filio concedit laudat et confirmat eisdem omnia privilegia inmunitates, libertates, consuetudines, bonos usaticos et omnes donationes quas olim comites Urgelli cum cartis et sine cartis eis concesserunt seu etiam indulserunt⁶.

4. Es el privilegio concedido por Jaime I, desde Lérida, a 12 de noviembre de 1218. El original, perdido, figuraba relacionado en el susodicho Inventario de 1328, bajo n.º [4], y su texto nos ha llegado por la copia inserta en el *Llibre II de Privilegis*, del Archivo municipal de Balaguer, fols. 66-67vº. A tal documento aludía la Sentencia real dictada en 1246 sobre la acequia del Segrià, en el pleito entre los hombres de Balaguer y los de Camarasa, inserta en el fol. 70vº del aludido Libro de Privilegios. Publicamos el texto del presente privilegio, tomado de dicha procedencia, en *Apéndice II*.

5. Creemos tratarse del privilegio otorgado por el conde Ponç Guerau, de la casa de Cabrera, en 8 de diciembre de 1227, identificable por su referencia en el mentado Inventario de pergaminos del archivo de Balaguer, de 1328, bajo n.º [12]. Reproducimos la aludida referencia: "Item invenerunt ibi quoddam privilegium absque sigillo confectum VIº idus Decembris anno incarnationis Christi MºCCºXXºVIIº cumquo dominus Pontius quondam Comes Urgelli confirmabat probis hominibus Balagarii omnes libertates et franquitates".

6. La identificación de esta carta presenta algunas dificultades. Como sea que en el linaje condal urgelense sólo se puede reconocer a una condesa María como madre de un conde Ermengol —a saber la viuda de Ponç Guerau, fallecido en 1244 y madre de Ermengol IX que go-

[7] Septima carta.

Illustris dominus Petrus et Iacobus, Dei gratia, reges Aragonum laudant, dant et concedunt hominibus dicte ville presentibus et futuris quod forum sive mercatum publicum et generale singulis septimanis in die sabbati ibidem sit et perpetuo celebretur.

Item, laudant et concedunt eisdem quod possint celebrare et facere ferias annis singulis per octo dies continue duraturos et hoc idem concedit eis nobilis Pontius Dei gratia Urgellensis comes et domina Maria comitissa et nobilis Hermengaudus eius filius in festo Sancti Bartholomei Apostoli.

Statuunt et mandant, insuper, domini regis predicti et nobiles Pontius et Ermengaudus comes Urgellensis et domina Maria comitissa quod omnes persone que ad dictum mercatum vel ad ferias venerint antedictas in veniendo stando et redeundo usque ad domos proprias cum omnibus rebus et mercibus quas secum duxerint seu portaverint salve sint pariter et secure.

Inmunes faciunt francos et liberos reddunt iidem reges omnes homines dicte ville et suos imperpetuum cum omnibus rebus et mercibus suis ab omni leuda, pedatico, portatico, usatico penso et mensuratico bladi et rerum aliarum tolta et consuetudine novis et veteribus statutis et statuendis per omnia loca dominationis eiusdem per terram et marem et aquam dulcem.

berno poco tiempo, pues murió aquel mismo año— la carta aquí resumida podría corresponder a la relacionada como de n.º [26] en el Inventario municipal de 1328 y que es consignada en la siguiente forma: "Item invenerunt ibi quoddam privilegium confectum kalendas februarii anno M.ºCC.ºXIX.º cum quo dompna Maria comitissa Urgelli cum filio suo Ermengaudus confirmabat universitati Balagarii omnia privilegia et omnes franquitates et inmunitates dicte universitati concessa. Item, concesserunt in dicto privilegio mercatum in die sabbati et nundinas in festo beati Bartolomei et quod veniant omnes gentes salve et secure ad dictum mercatum et dictas nundinas". Pero la fecha dada en esta referencia —1.º de febrero de 1219 (1220 de la Natividad)— no puede cuadrar en modo alguno con la del presunto documento, por lo que estimamos que se operó aquí algún error de transcripción al efectuarse el mencionado Inventario. Sin duda alguna, hay que atribuir la concesión de este privilegio al año 1244 (SANAHUJA, *Historia de Balaguer*, pág. 239, por un pequeño defecto de cómputo lo coloca en 1243).

Por otra parte, la referencia del mismo en el Inventario de 1328, resulta algo más amplia que la del resumen que anotamos, ya que, como ha podido leerse, recoge tras la cláusula de confirmación general, otra de concesión de mercados y ferias a la ciudad. Esta dificultad, empero, queda soslayada al darnos cuenta de que los redactores de este Preámbulo de las Consuetudines, dislocaron en realidad el resumen de tal carta o privilegio en dos partes, situando en esta *Sexta*, sólo la primera —meramente confirmatoria de antiguos privilegios y franquicias de la ciudad— y reservando la segunda —concesión de mercado y ferias— para englobarla, junto con tres concesiones análogas de otros condes, bajo la rúbrica de una *Séptima* carta, según podremos apreciar enseguida.

Remittunt eis, insuper iudicium sive purgationem ferri candentis, aque calide sive frigide, exorquias, intestias, cugutias, salva Ilerdensi consuetudine, confirmando etiam omnia privilegia, franquitates, inmunitates, omnes bonas consuetudines quas comes Urgellensis eis contulit et concessit⁷.

[8] Octava carta.

Illustris dominus Iacobus Dei gratia rex Aragonum laudat, concedit et confirmat hominibus Balagarii, omnes consuetudines, furos, franquitates, sicut eis et eorum antecessoribus dominus Petrus rex Aragonum [et] Urgellensis comites eis dederunt, concesserunt et laudaverunt⁸.

[9] Nona carta.

Francos faciunt liberos et inmunes idem dominus rex Iacobus et dominus Pontius Urgellensis comes, omnes illos et singulos cum omnibus

7. Los redactores de este extracto preambular de privilegios, agruparon bajo la rúbrica de una *Séptima carta*, el contenido sustancial de cuatro privilegios o documentos procedentes de los mencionados reyes y condes de Urgel que en buena parte incidían en los mismos aspectos. Su identificación parece poder verificarse sin duda alguna:

a) Privilegio de Pedro I (II de Aragón) otorgado en Lérida a 16 de septiembre de 1211, conservado en pergamino original en el Archivo municipal de Balaguer (Privilegios, n.º 1), y publicado últimamente por FONT, *Cartas de población y franquicia*, I, pág. 326, doc. n.º 234.

b) Privilegio de Jaime I, dado en Lérida, a 31 de octubre de 1228, confirmación sustancial del anterior, formulada además de manera explícita en su cláusula final, conservado a través de un traslado de 1230, en el Archivo Municipal de Balaguer, *Llibre II de Privilegis*, fols. 64-65vº y cuyo texto, como inédito, reproducimos en *Apéndice* n.º III.

c) Privilegio del conde Ponç Guerau de Cabrera, otorgado a 26 de enero de 1244, del que sólo conocemos la referencia correspondiente a su registración en el tan aludido Inventario de 1328 bajo n.º [3] y que reza así: "Item invenerunt ibi aliud privilegium incipiens. Notum sit cunctis quod nos Pontius dei gratia comes Urgelli confectum VIIº kalendis februarii anno domini millesimo CCº XLº tercio cum quo privilegio dictus nobilis Pontius comes concessit universitati proborum hominum Balagarii mercatum publicum diebus sabbatinis et nundinis annuatim in festo beati Bartolomei".

d) Privilegio de la condesa María y su hijo Ermengol IX del año 1244, referenciado ya en la nota anterior, según la noticia ofrecida por el Inventario de 1328, bajo n.º [26], aunque con fecha evidentemente equivocada.

8. Creemos que debe identificarse con el privilegio concedido por Jaime I a 5 de mayo de 1232, del que sólo poseemos la noticia dada por el mencionado Inventario de 1328, bajo n.º [10] que lo reseña en la forma siguiente: "Iterum invenerunt ibi aliud privilegium incipiens "Manifestum sit omnibus quod nos Iacobus dei gratia rex Aragonum" et cum suo sigillo pendentem sigillatum confectum nonas madii anno MºCCºXXXº secundo cum quo dictus dominus rex confirmabat probis hominibus Balagarii privilegia et consuetudines et usancias et omnes libertates prout in dicto privilegio largus continetur".

bonis suis qui ad civitatem Balagarii venerint populare et habitare ita quod exercitu et cavalcata exceptis, ab omni alio servitio et demanda regali et vicinali franqui sint per quinquennium continuum et inunes⁹.

[10] Decima carta.

Nobilis Pontius et Alvarus Dei gratia Urgellensis comites concedunt eisdem et laudant ut quecumque persone quae venerint ad dictum locum ad populandum vel res suas ibi comendaverint sub eiusdem protectione et ducatu inperpetuum salve permaneant et secure, ita quod illas in guerra et pace ex inde extrahere licitum sit eisdem, ipsis tamen paratis existentibus justitiae facere complementum¹⁰.

9. De nuevo parecen haber agrupado aquí los redactores de este preámbulo los extractos de dos privilegios, uno de Jaime I, otro del conde Ponç. Pero en realidad, sólo tenemos noticia del primero, que debe corresponder a la carta de población con franquicia temporal de exacciones reales o vecinales otorgada por Jaime I en Zaragoza a 21 de marzo de 1236. Su original se conservaba en el Archivo Municipal de Balaguer al procederse al tan citado Inventario de privilegios de 1328 que lo registra bajo n.º [5], pero hoy sólo poseemos la transcripción de su texto en el *Llibre de Privilegis* del mentado Archivo, fol. 63, y como tal ha sido publicado recientemente por FONT, *Cartas de población y franquicias*, I, pág. 384, doc. n.º 266.

Nos parece dudoso el otorgamiento de un privilegio análogo por parte del Conde Ponç, quien había estado varios años en lucha con el rey Jaime I para apoderarse del condado urgelense hasta llegar a su sumisión al mismo por la concordia de 21 de enero de 1236, en virtud de la cual el soberano le concedía en feudo importantes plazas del condado, pero no Balaguer, la cual no obtendría hasta 1243. Con todo, tampoco resulta imposible que a raíz de esta última cesión, el conde Ponç efectuara una confirmación a la ciudad, del privilegio jaimino. En todo caso no tenemos constancia documental alguna del tal supuesto privilegio.

10. De manera semejante al asiento anterior, aparece aquí una agrupación de dos supuestos privilegios de los condes Ponç Guerau y Alvaro —padre e hijo— relativos al mismo asunto, sin que tengamos más noticia documental que del segundo de ellos, el otorgado por Alvaro en 19 de septiembre de 1256. Su texto no ha llegado hasta nosotros, pero el original en pergamino se conservaba en el archivo de la ciudad de Balaguer en 1328, y se registró en el Inventario de privilegios de la misma ordenado en dicho año, bajo n.º [28], con la siguiente anotación:

“Item, invenerunt ibi quoddam instrumentum confectum XIII^o kalendas octobris anno M^o.CC^o.L. sexto cum quo nobilis Alvarus tunc comes Urgelli, de assensu et voluntate Iacobi de Cervaria curatoris sui concessit quod omnis homo habeat suas res et bona salva in Balagario et comandas in pace et guerra ipso existente parato facere justicie complementum et quod quilibet inibi possit emere et acceptare et in pignore recipere de militibus, castlanis sine faticha ipsius comitis vel suorum. Et etiam in dicto instrumento confirmat omnes libertates, inmunitates et privilegio pro ut hec et alia inibi largius expressantur”.

Ignoramos si anteriormente a este privilegio, el padre del concedente, el conde Ponç, había ya otorgado un privilegio análogo, a pesar de su mención en el resumen que anotamos, y abrigamos serias dudas de ello, vista la también problemática asociación de dicho conde al otorgante del documento anterior.

[11] Undecima carta.

Nobilis dominus Alvarus Dei gratia comes Urgellensis laudat et concedit in perpetuum et confirmat hominibus Balagarii presentibus et futuris omnia privilegia, omnes cartas, inmunitates, libertates et franquitates et omnes bonas consuetudines, foros, usaticos, mercata, ferias et omnes donationes, acquisitiones et acapita quemcumque dominus Pontius pater eius nec non alii comites Urgellensis predecessores eiusdem eis et eorum antecessoribus et successoribus laudaverunt, concesserunt, et etiam denaverunt ¹¹.

[12] Duodecima carta.

Item, dominus Alvarus, dat eis et eorum successoribus et concedit hanc franquitatem et libertatem quod ipse vel aliquis comes vel successor post eum nunquam proroget seu alonguet ultra unum mensem debita aliqua sive credita que eis vel eorum aliquibus usque modo debentur vel in posterum debebuntur.

Item statuit esse de pignoribus, debitoribus et fideiussoribus super hoc assignatis eisdem, ita vult intelligi quod semel et non amplius de unoquoque credito sive debito facto vel faciendo prorogatio possit fieri antedicta ¹².

[13] Tertiadecima carta.

Remittit et definit dominus Alvarus comes predictus eisdem hominibus et eorum successoribus illam fathicam LX solidos quam ipsi et sui antecessores in eis et eorum predecessoribus habebant et habere consueverunt in illos qui, ad causam vocati, non venirent die eis per dominum comitem

11. Tampoco ha llegado hasta nosotros el texto de este privilegio, pero creemos que ha de corresponder al otorgado por el conde Alvaro en 17 de septiembre de 1252, según la noticia suministrada por el referido Inventario de privilegios del Municipio de Balaguer, ordenado en 1328, bajo n.º [27], que lo referencia en los siguientes términos:

Item invenerunt ibi quoddam instrumentum confectum XVº kalendas octobris anno Mº.CCº.L. secundo cum quo Alvarus tunc comes Urgelli confitens etatem pupilarem excessisse de assensu Raimundi Berengarii de Ager et Iacobi de Cervaria confirmavit universitati proborum hominum Balagarii omnes libertates et privilegia et inmunitates prout in dicto privilegio latius continetur”.

12. Desconocemos igualmente el texto de este privilegio que podemos identificar con el concedido por el conde de referencia a 13 de julio de 1253 y que fue también objeto de catalogación en 1328, según el mencionado Inventario de dicho año, bajo n.º [23], que lo dejó registrado en la siguiente forma:

“Item invenerunt ibi quoddam privilegium confectum IIIº idus julii anno Mº.CCº.L. tercio cum quo nobilis Alvarus tunc comes Urgelli concessit probis hominibus Balagarii quod ipse dominus vel sui non possent prolongare aliquem de solvendo debito nisi per spatium unius mensis tantum et non nisi semel prout in dicto privilegio latius continetur”.

assignata vel eius baiulum vel nisi darent firmantiam die illa qua ut darent sub fathica demandarentur seu inquirentur per baiulum Balagarii vel sagionem.

Statuit, verumtamen imperpetuum sic servari quod si quis eorum defecerit ad diem cause eiusdem domino comiti vel baiulo suo vel ad firmantiam dandam die illa qua petita fuerint sub fathica ab eis baiulo vel donet eidem comiti et eius successoribus X solidos accrimontis pro fathica¹³.

[14] Quartedecima carta.

Donat et imperpetuum concedit dictus dominus Alvarus Dei gratia speciali omnibus hominibus Balagarii presentibus et futuris quod pro maleficio vel quamcumque alia ratione domus Balagarii non diruantur nec vinee, agri vel campi, segetes arbores depopulentur talentur, vel destruantur nisi propter crimen bausie.

Item, vult, statuit, mandat et concedit quod homines ville Balagarii et etiam advene qui ad dictam villam venerint sint salvi et securi cum omnibus rebus suis nisi sint proditores, bausatores, heretici vel falsatores monete vel crimine[m] lese magestatis comiserint. Concedit insuper quod possint emere, acceptare et titulo pignoris recipere et ampliare de cavalleriis castlanorum et militum hereditates, redditus et omnia iura ipsorum sine fathica ipsius salva tamen quantum ad regaliā iure suo¹⁴.

13. Al igual que de los anteriores privilegios del conde Alvaro, sólo nos queda del presente —otorgado por el mismo, a 7 de septiembre de 1253— la referencia del Inventario municipal de privilegios del año 1328, que bajo el n.º [17], nos suministra la siguiente anotación de tal documento:

“Item invenerunt ibi quoddam instrumentum confectum VIIº idus septembris anno Mº.CCº.L. tercio cum quo nobilis Alvarus comes Urgelli volebat quod sicut fathica quae erat LX solidos reduceretur et sit de X solidos”.

14. De este privilegio, con el que se concluye el Preámbulo documental de las *Consuetudines*, no poseemos referencia de índole alguna que permita identificarlo. Como precedente del conde Alvaro, no puede ser posterior a 1268, año de su fallecimiento, pero apuntamos la posibilidad conjetural de que se otorgara entre 1257 y 1259, es decir, posteriormente a un privilegio de 1256 (referenciado en el Inventario municipal de 1328 y del que toma una cláusula) y antes de terminarse el año 1259, en que se produjo el estallido de la guerra civil en el condado urgelense que perturbó la pacífica posesión del mismo por D. Alvaro hasta su muerte. Resulta extraño, con todo que a diferencia de los anteriores, no figure en el referido inventario de privilegios municipales de 1328, dada su evidente trascendencia para los vecinos de la ciudad, como garantía de la integridad de sus patrimonios.

"DE CONSTITUTIONIBUS SEU STATUTIS PACIARIE BALAGARII"

(Versión A)

[15] "Habita magna deliberatione cum universo populo Balagarii ad hoc specialiter congregato in unum, statuerunt paciarii et consiliarii antedicti, comuni assensu universitatis predicte, quod in perpetuum, annis singulis eligantur quatuor paciarii et viginti consiliarii viri digni et sufficientes existant ad regimen et gubernationem, salvo iure dominorum civitatis Balagarii et quod fiat eorum ordinatio et electio annuatim mutatis prioribus die beati Bartholomei Apostoli¹⁵.

[16] Iurabunt paciarii et consiliarii antedicti servare predicta iura dominorum idem civitatis fideliter et integre conservare. Forma autem iuramenti quam prestabunt erit hec¹⁶.

[17] Ego talis, tactis sacrosantis evangeliiis ante presentiam meam positus, bona fide, iuro me prospicere, custodire et fideliter meam concientiam civitatem et populum Balagarii et bona eorum gubernare, defendere secundum intus et foris ad honorem et utilitatem nostre civitatis et totius

Versiones C-D (Revisión de 1311)

[15] "Habita magna deliberatione cum universo populo civitatis Balagarii ad hoc specialiter congregato in unum, statuerunt paciarii et consiliarii, communi assensu universitatis predicte, quod in perpetuum annis singulis eligantur quatuor paciarii et viginti consiliarii qui digni et sufficientes existant ad regimen et gubernationem civitatis predicte salvo iure dominorum, et quod fiat ordinatio eorum et electio annuatim mutatis prioribus die beati Bartholomei apostoli.

[16] Iurabunt paciarii et consiliarii antedicti servare predicta iura dominorum et dicte civitatis fideliter et integre conservare. Forma autem iuramenti quod prestabunt erit hec.

[17] "Ego talis tactis sacrosantis evangeliiis ante presentiam meam positus bona fide iuro me prospicere, custodire et fideliter gubernare ac deffendere secundum meam bonam conscientiam civitatem et populum Balagarii et bona eorum intus et foris ad honorem et utilitatem nostre civita-

15. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 34. Este cap. extracta un párrafo del privilegio de Pedro el Católico de 1197, creando el Consulado en Lérida (GRAS, *La Paheria de Lérida*, pág. 232; VALLS, *Les fonts documentals*, doc. VIII). En rigor, la inspiración en el mismo, del capítulo de Balaguer, es muy tangencial, dada la coyuntura formal de este último. Pero parecen advertirse indudables puntos de contacto, como el número de magistrados que se crean, y algunas otras expresiones literales.

No se advierte correspondencia alguna de este capítulo y los tres siguientes con las redacciones de Horta y Miravet.

16. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 35. La conexión, se justifica como introducción al cap. siguiente.

populi, salva fidelitate in omnibus dominorum ¹⁷.

[18] Set consilarii sic iurabunt: Ego talis, tactis sacrosantis evangeliiis, iuro me daturum auxilium, consilium et favorem paciariis ordinatis et constitutis in gubernationibus et deffensionibus supradictis ad bonam fidem et bonum intellectum, prout superius est expressum ¹⁸.

[19] Placuit paciariis, consilariis et aliis probis hominibus Balagarii sic et inperpetuum de cetero servari debere quod, si contingeret eis cogitare seu facere comune vel sumptus aliquo modo quod omnes homines eiusdem ville et terminorum ponant et solvant secundum quantitatem bonorum cuiusque ad noticiam et cognicionem paciariorum et consiliariorum eiusdem civitatis ¹⁹.

[20] Paciarii et alii probi homines Balagarii possunt compositiones facere et pacificare habitatores eiusdem et extraneos et testes recipere et iuramenta, si inter eos si[g]illate fuerint vel

tis et totius populi salva fidelitate in omnibus dominorum".

[18] Sed consilarii sic iurabunt: "Ego talis tactis sacrosantis evangeliiis iuro me daturum auxilium, consilium et favorena paciariis ordinatis et constitutis in gubernationibus, et deffensionibus supradictis ad bonam fidem et bonum intellectum, prout superius est expressum".

[19] Placuit paciariis, consilariis et aliis probis hominibus Balagarii sic in perpetuum servari de cetero debere; quod si contingerit eos congregare seu facere comune propter sumptus quoscumque dicte civitatis vel alioquo modo, quod omnes homines eiusdem civitatis et terminorum eiusdem ponant et solvant secundum quantitatem bonorum eorumcumque ad notitiam et cognicionem paciariorum et consiliariorum eiusdem civitatis.

[20] Paciarii et alii probi homines civitatis Balagarii possint inducere rogando habitatores eiusdem civitatis et extraneos ad pacem et compositionem inter eos ad invicem raciendam, sic tamen

17. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 35. Sigue el extracto del aludido privilegio consular de 1197. La correspondencia entre ambas fórmulas de juramento es claramente manifiesta.

18. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 36. Análoga correspondencia a la señalada para el cap. anterior.

19. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 45, extracto del privilegio de 1196 (VALLS, *Les fonts documentals*, doc. XI). La concordancia entre ambos capítulos, sólo se quiebra en la excepción al principio general de la norma, consignada al final del texto leridano y ausente en el de Balaguer, el cual, por su parte contiene una alusión a la facultad decisoria de los magistrados municipales.

Costumbres de Miravet, cap. 33, coincide con Lérida. Costumbres de Horta, no consignan semejante precepto.

disconvenientie alie sint priusquam, tamen ex hiis coram curia vel baiulo querimonia exposita sit, et postea etiam salvo iure domorum²⁰.

[20 bis]

quod per ipsam inductionem non videatur transhigentes vel componentes invitos compellere ad querimonia non exponendam, set prout probi homines tantummodo consueverunt de pace tractare.

[20 bis] Item si questio sit inter vicinos civitatis Balagarii de cequiis et aqueductibus aut agrorum terminis aut de stillicidiis aut de aliis operibus vicinalibus tam domorum quam agrorum et de viis seu carrariis tam infra civitatem quam extra civitatem, in quibus omnibus et eorum similibus possint paciarii testes et iuramenta eorum recipere et ipsas questiones eorum bono arbitrio iuxta probata et usum civitatis predictae sententialiter terminare, salvo, in supradictis omnibus, iure dominorum²¹.

[21] Addiderunt eciam quod paciarii cum consiliariis possint consilium convocare, cotos, banna

[21] Item paciarii cum consiliariis possint per se ipsos consilium convocare et congregari fa-

20. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 13, transcripción de una cláusula de la carta puebla de 1150 (VALLS, *Les fonts documentals*, doc. I). El precepto balaguerino presenta una redacción más amplia en forma y contenido, con la diferencia notable de admitir esta intervención pacificadora popular no sólo antes sino después de haberse incoado el litigio en la curia. En el mismo sentido se produce *Costumbres de Miravet*, cap. 20, mientras Horta (cap. 8) sigue más fielmente a Lérida. Análogo matiz advertimos en otros textos de derechos local, como en *Costumbres de Tárrega*, de 1242, cap. 16 y en el articulado barcelonés de alrededor de 1253, publicado por VALLS, en *Estudis Unvertaris Catalans*, XIII (1928), pp. 526 y ss. cap. 23.

La actuación vecinal en el arreglo amistoso de los litigios, se halla, muy generalizada en las cartas de franquicias locales del país catalán. Vid. la referencia dada por FONT, *Costumbres de Tárrega*, pág. 16, nota 11.

A tener en cuenta la especial prevención que refleja la variante de este cap. de Balaguer en la revisión de 1311, respecto a una posible presión del grupo vecinal sobre los litigantes contra la voluntad de los mismos.

21. Este cap. adicionado por la revisión de 1311, representa una ampliación y detalle del anterior, haciendo más extensivo el campo de actuación judicial vecinal, y parece recoger un *usum civitatis*, sin paralelo alguno en los textos de la familia de Lérida.

et constitutiones facere et imponere et minuere et auumentare et vedalarios instituere, sicut eis videbitur et quod hec fiant annuatim in die dominica post festum beati Michaelis Septembris vel alia qualibet die²².

[22] Item addiderunt quod paciarii electi recognoscant et inquirent solícite veritatem illa omnia pro quibus coti seu banna fuerunt constituta et illi debent iurare, presentibus curia et consiliariis, quod hec fiant fideliter et inquirent. Et de bannis [c]omissis que inde eveniant, curie tertiam, et aliam penes se detineant in utilitatem civitatis Balagarii convertendam, ita tamen dividatur, prout in banno videbitur contineri. Baiulus autem sicut ei denuntiatus fuerit, faciet per sayonem suum banna pignorari comissa. Et propter hoc est ut detur sibi tertia pars constitutum²³.

cere, cotos, bannos et constitutiones facere, imponere, mutare, minuere et auumentare et vedalarios seu vinyogols aut messeguers mittere et ordinare sicut eis videbitur, et quod hoc fiat annuatim in die dominica post festum beati Michaelis mensis septembris vel alio quolibet die vel in proxima, prout melius eis hoc videbitur expedire.

[22] Item quod paciarii electi recognoscant et inquirent solícite et intente illa omnia pro quibus cotos seu banna fuerint constituta et illi vedalarii sive messeguers aut vinyogols iurent et iurare habeant presentibus baiulo domini comitis, paciariis et consiliariis quod faciant fideliter et inquirent omnia ea que ad eorum officium pertinent. Item quod de bannis commissis que inde eveniant, paciarii dent tertiam partem baiulo domini comitis, et illi seu illis qui denuntiaverint bannum aliam tertiam partem, et aliam penes se retineant in utilitatem civitatis Balagarii convertendam. Ita ta-

22. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 58 y 89. La conexión más directa se halla con la primera parte del cap. 58 leridano, que se corresponde con el 41 de Miravet y el 20 de Horta, y que declaran la facultad de los magistrados locales de establecer bandos y ordenanzas, sin que figure en ellos la asignación de una función inspectora a *duos viros honestos*, como en Lérida. El inciso del establecimiento de unos *vedalarii* (que en la variante de 1311, se matiza con mayor precisión terminológica) tiene su correspondencia en el cap. 89 de Lérida, aunque tal establecimiento se confía aquí a los dueños de las viñas, no a las autoridades locales.

La fecha de la dominica siguiente a la fiesta de San Miguel de septiembre, señalada de modo principal para tales funciones, es una peculiaridad de Balaguer.

23. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 58. Es el complemento al cap. anterior, referente a la ejecución de aquella función normativa y sus consecuencias penales, que en Balaguer recibe un desarrollo textual más explicativo, apenas perceptible en Horta y ausente totalmente en Miravet. La variante de 1311, acentúa el papel del *baiulus* del conde en tal actividad.

men dividant prout in bannis videbitur contineri. Item quod baiulus domini comitis sicut eis denuntiatum fuerit faciat per sayonem suum banna commissa pignorari et propter hoc est, ut detur sibi pars tertia, constitutum.

[22 bis]

[22 bis] Item quod remissiones bannorum aut gratie fieri nequeant per paciarios absque voluntate et expreso assensu baiuli domini comitis nec ipse baiulus ipsas remisiones aut gratias facere possit absque voluntate et expreso assensu patiariorum predictorum²⁴.

DE MINORIBUS ETATE

[23] Statuerunt insuper paciarii cum consiliariis et assensu hominum civitatis predictae quod minor XXV annis qui vicesimum annum perfecerit, non restituatur ut minor set pro miaore XXV annis in litibus et aliis omnibus censeatur²⁵.

DE FORO COMPETENTI (a)

[24] De quolibet potest homine querimonia proponi sub curia Balagarii, si inveniantur ibidem licet sit alterius fori, clericis, religiosis, rem ad censum tenentibus, et illis qui conveniuntur de possessione in alio

(a) Al margen de este capítulo, figura en letra del siglo XIV, la anotación: "Privilegi comunis patrie" y en letra del siglo XV, otra análoga: "Privilegi de comunis patria regi Iacobi". A pesar de nuestras rebuscas no hemos hallado los supuestos privilegios generales de Jaime I o Jaime II, relativos al contenido del mismo.

24. Este capítulo, introducido en la revisión de 1311, completaba los dos anteriores, en orden a puntualizar la competencia de las autoridades locales en la condonación o gracia de las sanciones impuestas.

25. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 62, con la única diferencia de que en Lérida, la edad mínima se fijaba a los catorce años. Horta, cap. 23, mantiene los veinte, mientras Miravet, cap. 57, tenía al menor de veinticinco años como mayor a todos los efectos.

territorio constituta, ac aliis qui sub alia curia sunt conventi, dumtaxat exceptis ²⁶.

[25] Milites autem, licet ibi inveniantur, nisi ratione delicti domicilii seu contractus aut rei de qua contra eos causa movetur hic iudicium suscipere non cogantur, set querelator vicinus noster, si debitum fuerit liquidum, bona eorum qui ibi habuerunt poterit pignoraré, nisi ibi iustitiam facere sint parati ²⁷.

[26] Si qui plura tenuerint de franquitate quam de feudataria, cum conveniuntur, firment directum in posse maioris domini ²⁸.

[27] Si vero plura tenuerint de feudataria quam de franquitate, in posse castelani firmabunt.

[28] De franquitate sunt hec... (b).

DE LIBELLI OBLATIONE (c)

[29] Si de VII solidis aut infra querimonia exposita fuerit, libellus hic non offertur; set sufficit simpliciter dicere: "de tali conqueror qui ex tali causa michi tantum debet" ²⁹.

26. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 106, en cuya primera parte se inspira claramente. A tener en cuenta que en los códigos *C* y *E*, colacionados en la edición Loscertales, el primero reproducido por VILLANUEVA, *Viage Literario*, tomo XVI (pág. 181) esta primera parte, forma capítulo propio bajo la rúbrica *De illis qui possint convenire in civitate*, independiente de la segunda, que constituye la rúbrica siguiente: *De milite*.

Ni este capítulo ni el siguiente hallan correspondencia alguna en Horta y Miravet.

27. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 106, cuya segunda parte (capítulo independiente en códigos *C* y *E*, vid. nota anterior) presenta estrecho paralelismo con nuestro precepto, el cual matiza con detalle propio ("si debitum fuerat liquidum") lo relativo a la pignoración.

El resto del cap. 106 leridano (objeto en los aludidos códigos *C* y *E* de otra rúbrica: *De sarracenis*), en la que une además el contenido de los caps. 107 y 108 de la edición Loscertales, fue recogido en Balaguer.

28. Este capítulo y los dos siguientes no tienen correspondencia alguna con las *Consuetudines Ilerdenses*, y parecen precisiones particulares al tema de la competencia procesal, expuesto anteriormente. Vid. probable conexión con cap. [35].

(b) A continuación sigue en blanco la mitad restante de la columna y toda la siguiente del folio 17.

(c) Encima de la presente rúbrica figura una anotación, en letra del siglo XV, minúscula y corriente, con estos términos: "Sobre los plets e ordinacions de la Cort, toquats per capitols y rubriques".

(29) Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, caps. 109 y 107. El primero establece la norma, más simplificada, pues no admite libelo sin distinción de cuantía, realizándose siempre la reclamación "viva voce". El segundo ha suministrado la pauta de la fórmula literal para incoar tal reclama-

DE IURAMENTO CALUPNIE

[30] Non prestatur hic calumpnie iuramentum ³⁰.

DE DILATIONIBUS

[31] Reus potest, si voluerit, in continenti responderē libello, alioquin dabitur trium dierum dilatio et ex tunc ducatur causa de tertia in tertiam diem, et si actor extraneus fuerit, utetur iure vicini; set si reus fuerit extraneus non dabitur actori licencia negotium protrahendi set ducetur de die in diem nisi gratia testium vel instrumentorum dilationes sibi concedende fuerint longiores ³¹.

DE FERIIS HUMANIS (d)

[32] De feriis habemus duos mensses, iunium pro messibus, septembrem pro vindemiis, si lis non fuerit contestata; lite enim contestata, predictae ferie denegantur ³¹.

ción. En Miravet, cap. 77, la diferenciación cuantitativa se fija en veinte sueldos y en Horta, cap. 44, en diez.

30. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 124. El precepto balaguerino recoge tan solo la frase inicial del capítulo ilerdense, que en los códigos *C* y *E*, tiene a su vez rúbrica propia, independiente de la que encabeza el párrafo siguiente. Su continuación o desarrollo se recogerá más adelante. Vid. cap. [50]. Parecidamente en Miravet, cap. 97, con continuación en 98, y Horta, cap. 58, sin desarrollo ulterior.

(d) Al margen del presente capítulo en letra minúscula del siglo XIV, figura la anotación: "Quod hoc tempore... veremur in mense Octobris"

31. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 113, con el que presenta notorio parentesco nuestro precepto, especialmente en el párrafo final, si bien Lérida, contiene un inciso peculiar relativo a una posible prórroga de los tres días, en el desarrollo de la *litis*.

No tiene paralelo este capítulo en Horta y Miravet.

32. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 117, con idéntica formulación, aunque sin la precisión de los meses de junio y septiembre señalados en Balaguer. Tampoco se precisa este tiempo en Horta, cap. 53, y Miravet, cap. 91, aunque en esta última localidad ya se indica que sea de un mes. Una novedad adicional de Miravet es la de que las partes puedan renunciar a tal dilación. A señalar también que en la redacción latina de este texto, figura el inciso de que la demora en cuestión pueda darse "in omni causa, incepta sit vel non incepta", singularidad de tal versión respecto todas las formulaciones anteriores.

DE FERIIS DIVINIS

[33] Molendina non molent a die sabbati post pulsationem vesperorum usque ad diem dominicam pulsatis vesperis, alioquin molendinarius amittat unam fanaquam mixtura pro pena ³³.

DE DOLO ET CONTUMACIA

[34] Si conventus hic non inveniatur, bona eius cum inveniatur, creditore instante, iudex debet bona illa emparare et sufficientem terminum eorum domino assignare ut veniat etiam si sit miles et querimonie respondeat, et si non venerit vel se iuste non excusaverit, iudex debet tradere querelanti, si iustam causam habuerit, tantum de bonis debitoris quod sufficiat petitioni eiusdem, recepta tamen primitus a querelante fideiussoriam cautionem quod quando cumque dominus rerum illarum venerit, faciat eidem de bonis illis iustitie complementum ³⁴.

[35] Faticha domini maioris est X solidorum, castllani autem quinque ³⁵.

DE TESTIBUS

[36] Testes qui nominati fuerint, veritatem quam noverint, dicere compellantur ³⁶.

DE PRESUMPTIONIBUS

[37] Cum quis in testem producitur, nisi ab initio expressum sit, quod in presumptione producitur, non facit postea presumptionem, ita quod iuramentum producenti deferatur; set presumptio unius boni et hones-

33. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 75, transcripción casi literal, salvo la forma de determinar la sanción. Nada parecido se halla en Horta y Miravet.

34. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 108. Plena concordancia de ambos preceptos, que tampoco hallan réplica alguna en Horta y Miravet.

35. Este capítulo, sin correspondencia alguna con la familia de Lérida, parece una interpolación, relacionable tal vez vez con los caps. anteriores [26] y [27].

36. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 133, en su segunda parte (que en los códigos *C* y *E* forma rúbrica independiente *De testibus cogendis*). Aunque con distinta forma redaccional y diferentes planteamientos coinciden ambos textos en la cuestión básica de qué testigos están obligados a prestar declaración. Horta, cap. 63 y Miravet, cap. 106, presentan más estrecha conexión con Balaguer, aunque cada uno, ofrece un distinto inciso final.

ti testis admitatur cum iuramento actoris usque ad sumam XX solidorum³⁷.

DE IUREIURANDO

[38] Iuramentum a parte parti delatum, nisi iusta de causa recusari non posse utimur, si pars cui celatum est. illud refferre poterit, si viderit deferendum³⁸.

DE PRESCRIPTIONIBUS

[39] Prescriptionibus trium, X, vel XX annorum non utimur, set solis XXX et XL annorum prescriptionibus³⁹.

DE SENTENTIIS ET CUIUS EXPENSSE FIERI DEBENT

[40] Non aportet in scriptis sententiam ferri in causa que sit usque ad VII solidos vel infra. Sufficit enim quod iudex eam refferrat et si aliqua partium voluerit eam in scriptis habere, iudex faciat eam scribi⁴⁰.

[41] Primam diffinitivam sententiam expenssis propriis fert curia seu baiulus Balagarii, et si ab ea fuerit appellatum a principio, ambe partes conveniant de salario cum iudice appellationis, et victus victori in causis appellationis condempnabitur in expensis⁴¹.

37. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 132, sustancialmente idéntico al precepto de Balaguer, con la salvedad de que en Lérida la suma autorizada llega a cien sueldos, y no se exige al testigo la calidad de *bonus et honestus*. En Horta, cap. 61, la redacción presenta algún mayor desenvolvimiento, y apunta como en Lérida a los cien sueldos. Miravet, cap. 104, en cambio, tiende a aproximarse a Balaguer, con la consignación de veinte sueldos, y la exigencia de un actor "de bona fama".

38. Precepto sin concordancia alguna con la familia de Lérida, posible peculiaridad usual de Balaguer, según deja escapar una locución del mismo.

39. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 147, y los correspondientes de Horta, cap. 72 y Miravet, cap. 118, con los que coincide nuestro precepto, salvo la admisión del plazo prescriptorio de cuarenta años, ausente en aquéllos.

40. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 148, con el que coincide el de Balaguer salvo la falta en aquél de toda diferenciación cuantitativa. Puede advertirse en esta discrepancia una correlación con la análoga señalada en el cap. [29], respecto al 109 de Lérida, expresiva de la coherencia del criterio sobre escrituración del libero de demanda con el de la consiguiente sentencia. Tal coherencia aparece en Miravet, cap. 119, con una expresión directa: "La sentencia del pleyt que no va per escrit no deu esser donada escrita". En Horta no figura capítulo semejante.

41. No figura precepto semejante en los textos de la familia de Lérida, en orden al presupuesto aquí planteado, bien que tampoco puede desconectarse en absoluto del contenido en el capítulo siguiente.

DE EXPENSIS IN LITE FACTIS

[42] In causis negotiorum principalium victus victori in expensis non condempnatur. In exceptionibus dilatoriis aut peremptoris sive aliis quibuscumque in negotiis principalibus propositis non fit condempnatio exceptis exceptionibus spoliationis et excommunicationis in quibus, si pars eas apponens vel earum altera non probaverit infra terminos a iure statutos condempnetur parti alteri in expensis quas diebus illis se fecisse iuraverit, taxatione iudicis precedente⁴².

DE PIGNORIBUS

[43] Creditor qui aliqua tenet pignori obligata, teneat illa per spatium X dierum, quibus transactos potest illa tradere cursori et exponantur venalia et currantur per civitatem per tres dies et postea possunt vendi⁴³.

[44] Proponenti querimoniam de pecunia quam mutuavit ludenti ad ludum, nisi pignora tenuerit penes se ius non reddatur per curiam vel baiulum, set in continenti absolvitur reus⁴⁴.

[45] Si quis alicui ludenti ad ludum taxelliorum vel duresse vel ad quemcumque alium ludum, pecuniam suam mutuaverit super vestibus, compellatur vestes reddere sine pecunia⁴⁵.

42. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 150, aunque sólo puede detectarse un mero punto de contacto: que el vencido no sea condenado a pagar expensas judiciales al vencedor. Pero el capítulo de Balaguer desarrolla una teoría propia y compleja que está ausente en aquel texto, al que sigue Miravet, cap. 121, si bien con una solución peculiar sobre pago al juez, por contumacia. En Horta no figura capítulo semejante.

43. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 155, con el que coincide Balaguer, algo más desarrollado por su parte sin correspondencia, en Horta y Miravet, respecto a este precepto. Pero el texto ilerdense se reconduce a una *carta comitis Barcinone*, la carta puebla de 1150, ya citada, que contenía dicha norma, y que como tal fue ya resumida anteriormente, en cap. 10, dando a su redacción mayor amplitud que el cap. 155. Con aquel capítulo sí se corresponden Horta, cap. 6 y Miravet, cap. 19.

44. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 123, con cuyo segundo párrafo (constitutivo en los los códigos *C* y *E* de rúbrica separada: *De creditore ludi*) concuerda claramente nuestro precepto. Miravet, cap. 95 y primer inciso de 96, contiene análoga regulación, que falta totalmente en Horta.

45. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 81, algo más conciso por omitir los nombres de los juegos, que vemos en Balaguer. Horta, cap. 27 y Miravet, cap. 71, siguen a Lérida, pero con la adición de las *arma* entre los objetos de pignoración prohibida.

[46] Vestes vel panni lectorum pro tertio non pignorantur⁴⁶.

[47] Quia usitatum fuerat actenus in civitate Balagarii quod quilibet poterat fideiussorem vel principalem quem primo vellet convenire, statuerunt paciarii et consiliarii cum assensu universitatis predictae illa de cetero non servari, set in presenti illis deliberatione habita revocatis, statuerunt quod de cetero observentur que de iure servanda fuerint in predictis⁴⁷.

DE SOLUTIONIBUS

[48] Si quis convictus fuerit aliquid se debere vel ad aliqua obligatum et solvendo non reperiatur, iuret se non posse solvere et post prestitum iuramentum preconizetur publice per civitatem Balagarii ipsum non esse solvendo ut quilibet sibi caveat ne secum contrahat in futurum⁴⁸.

[49] Curia vel baiulus primo facit satisfieri de pecunia creditori quam tertium levet⁴⁹.

[50] Cum iuramentum defertur alicui sub hac forma quod iuret pecuniam sibi deberi quam petit (et) illa pecunia vel pignora, si pecuniam non habet, debet poni ante eum, ideo ut, facto sacramento, in continenti pecuniam recipere possit⁵⁰.

46. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 60 bis, con cuya segunda parte coincide sustancialmente nuestro precepto, sin correspondencia en Horta ni Miravet.

47. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 59. El planteamiento originario de este punto en Balaguer coincidía exactamente con el de Lérida, así como el de Horta, cap. 21 y Miravet, cap. 42. Pero en nuestro texto se manifiesta una reacción contra el mismo, representado por la resolución de las autoridades municipales modificando el uso inveterado y común en todas partes, para adaptarlo a la observancia *de iure*, es decir, del derecho común, que como es sabido restablecía el *benefitium excussionis*, introducido por Justiniano. Una interesante y significativa peculiaridad balaguerina.

48. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 60. En esta rúbrica, procedente de un estatuto municipal de 1222 (vid. VALLS, *Les fonts documentals*, doc. XXIV), que sancionaba la entrega del deudor insolvente al acreedor para tenerlo preso en su poder, presionando con ello la satisfacción de la deuda, debe buscarse sin duda, el planteamiento del presente capítulo balaguerino. Pero la solución del mismo discrepa notoriamente del ilerdense al reducirla a una mera pregonación pública del insolvente como tal a efectos cautelares. Ya en Horta, cap. 22, se había suavizado la norma de Lérida, obligando al deudor a jurar su insolvencia cada dos meses, hasta satisfacer plenamente a su acreedor. En Miravet, falta en absoluto semejante capítulo.

49. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 153, con cuya segunda parte coincide nuestro precepto, sin hallar en lugar alguno correspondencia con la primera, relativa a una negativa de demora cuatrimestral al deudor condenado judicialmente. Horta, cap. 76 y Miravet, cap. 122, siguen sustancialmente a Lérida en su totalidad.

50. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 124, con cuyo segundo párrafo

DE INSTRUMENTIS ET TESTAMENTIS

[51] In omni instrumento sufficiunt duo testes et in testamentis et codicillis, licet heres institutus in testamento non sit. Manumissores electi vel ordinati, non tamen minorem obtineant firmitatem⁵¹.

[52] In legitimis servatur Balagarii lex romana⁵².

DE RELIGIOSIS DOMIBUS

[53] Hospitalia et domus infirmorum sunt sub defensione dominorum et universitatis predictae civitatis et regimine ac custodia constituta⁵³.

DE CENSIBUS

[54] Censatarius, si die qua censum facit, solvit censum et reddit instrumentum domino rei quam tenet ad censum, potest rem illam dimittere, alioquin non potest⁵⁴.

(que en los códigos *C* y *E*, se encabeza con rúbrica propia) concuerda sustancialmente nuestro precepto. En Lérida, aparte de exigirse al acreedor jurante la exhibición de un instrumento público de su crédito, se concluye con la exención de *tornare* (probar por ordalía) si se ha realizado juramento previsto. Tal alusión está ausente en Balaguer, seguramente por haberse suprimido en la ciudad la práctica de tal clase de pruebas, por privilegio de los condes urgelenses, a fines del siglo XII (Vid. supra *Tertia carta* en la primera parte de las presentes *Consuetudines*). Miravet, cap. 98, presenta mayor desarrollo y claridad de redacción con análoga exigencia de instrumento público pero sin alusión al *tornare*. No hay correspondencia alguna en Horta.

51. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, caps. 134, 144 y 145, con los cuales se relaciona parcialmente nuestro precepto al reunir en la misma formulación la exigencia testifical en instrumentos públicos y en testamentos, así como la validez de la designación de albaceas aún sin designación de heredero, en estos últimos. Horta, cap. 60, siguen a Lérida, 134, y Miravet también, desglosando como allí, en caps. 107 y 117, las referencias al papel testifical en instrumentos públicos y en testamentos.

52. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 145, a cuyo inciso final corresponde esta escueta declaración de la legítima romana, si bien falta en la misma la concreta determinación cuantitativa consignada en Lérida (tercio o mitad). Es curioso advertir en Horta, cap. 71 una redacción mucho más desenvuelta y explicativa, pero con la misma fijación ilderdense. En Miravet no figura nada sobre la materia.

53. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 118, con casi idéntica expresión. Ausencia absoluta en Horta y Miravet.

54. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 137, con el que coincide fielmente salvo el inciso final. Así también Miravet, cap. 124, pero nada en Horta. Es significativo advertir en Lérida el empleo de los términos

[55] Statuerunt insuper quod si quis vendiderit vel alienaverit rem quam tenet ad censum, habita fatida a domino rei vel si dominus se emere nolle dixerit vel malitiose distulerit et infra spatium decem dierum dominus rem noluerit retinere, censatarius possit rem alii vendere et domini compellantur firmare directum, salvo tamen censu et dominio eisdem⁵⁵.

DE DOTE ET DONACIONE PROPTER NUPCIAS

[56] Si centum in dotem data fuerint, L pro sponsalicio assignentur, et sic de aliis quantitibus.

[57] Marito defunto vel vergente ad inopiam, uxor, nisi aliud inter eos conventum fuerit, habeat medietatem sponsalicii sibi assignati ad suas voluntates perpetuo faciendas vel totum sponsalitium, prestita cautione sufficienti quod ea mortua, sponsalitium ad ipsum maritum vel heredes eius libere revertatur, ipsi marito vel heredi eius super predictis optione relicta.

[58] Item utimur quod, mortuo marito, de rebus eius ministrentur necessaria uxori per unum annum, si dos consistit in rebus mobilibus, nisi heredes mariti in continenti dotem solvant ipsi uxori; set si in rebus consistat immobilibus, incontinenti post mortem dotem recuperet, et bona sibi pro sponsalicio obligata teneat, et ex tunc non vivit uxor de bonis mariti set lucretur fructus illorum bonorum que sunt sibi pro sponsalicio obligata quousque de sponsalicio satisfactum sit eidem.

[59] Si maritus fugerit aut latitaverit aut alias uxori defecerit vel ei de necessariis non ministraverit, uxor potest petere bona mariti sibi pro dote et sponsalicio obligata, sicut posset, petere eo vergente ad inopiam⁵⁶.

[60] Actor licet in causa non obtineat, tertium tamen non det⁵⁷.

emphiteota, y *pensio*, en lugar del *censatarius* y *censum* de Balaguer y Miravet, así como la precisión del *instrumentum emphiteoticum*, en lugar del *instrumentum* a secas, que acusa una terminología más evolucionada.

55. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 43, procedente de un privilegio de fecha incierta de Pedro el Católico (VALLS, *Les fonts documentals*, doc. XII), cuyo planteamiento y solución básicas son recogidos en nuestro precepto, que toma incluso de Lérida alguna expresión literal, pero en conjunto con redacción más concisa. También aquí Lérida, emplea el término más técnico de *emphiteote* por tenente de tierras a censo. Miravet y Horta no ofrecen correspondencias directas con este precepto.

56. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 139, cuyo contenido es reproducido con sustancial fidelidad en Balaguer a través de los cuatro capítulos precedentes ([56] a [59]), también bajo una rúbrica única. Es preciso señalar, con todo, que el cap. 57 de Balaguer, concede a la mujer viuda o con marido indigente, bien la mitad del esponsalicio en plena dis-

DE CONTUMATIA MALEFACTORIS ABSENTIS

[61] Si aliquis se absentaverit a civitate Balagarii ratione furti, vulneris vel homicidii, dominus facti illum pulbcie preconitzari per villam Balagarii ut veniat firmare directum infra spatium viginti dierum, alias pro confesso haberetur⁵⁸.

[62] In molendinis teneatur almut vendale e miyg almut⁵⁹.

[63] Caminale molendini sit integrum et unic et amo'a usque ad caminale predictum debet esse spatium unius digiti tantum⁶⁰.

[64] Quatuor sunt in civitate Balagarii platee, prima apud Almu-daffar, cum turre, alia als Petxers; et alia ad Carniceriam; alia ad Capud Pontis, ultra Sicorim. Que omnes sunt omni populo eiusdem civitatis communes, et in quibus nulli est licitum edificare⁶¹.

posición, bien el usufructo de su totalidad, quedando a opción del marido o sus herederos la efectividad de una u otra modalidad, mientras que en Lérida se consigna simplemente la posesión de todo el esponsalicio. A su vez es significativo que a la locución "in rebus mobilibus del cap. 58 de Balaguer, corresponda en el 139 b de Lérida "in pecunia numerata", de factura más técnica. A señalar que en los códigos *C* y *E*, el último capítulo formaba a su vez una rúbrica aparte (*De exactione dotis*). Costumbres de Miravet, presentan el precepto, como en Lérida, en un solo capítulo, el 109, mientras en Horta queda escindido en tres (65-66-67) y se introduce una leve modificación al intercalar la posible modalidad del *agermanamentum* entre las convenciones matrimoniales.

57. No hallamos correspondencia de este precepto en los textos de la familia ilerdense dando la impresión de una interpolación traslaticia desde otro lugar del texto.

58. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 61, con esencial coincidencia, salvo el distinto plazo de diez días en Lérida, si bien en los ms. *C*. y *E*., colacionados en la edición Loscertales figura también el plazo de veinte días. En igual sentido (veinte días) se manifiestan las Costumbres de Horta, cap. 16 y las de Miravet, cap. 55, aquellas, con redacción algo distinta e independiente.

59. Disposición sin correspondencia alguna en los textos de Lérida o derivados y que parece reflejar una ordenanza local.

60. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 76, casi literalmente coincidentes. En Lérida, este capítulo sigue al de *De molendinis*, relativo a la obligada cesación de actividades molinarias durante la fiesta dominical, en tanto que el correspondiente balaguerino de este último se integraba bajo la rúbrica *De feriis divinis* (cap. [33]), a continuación de la *De feriis humanis*, entre las motivaciones de dilación procesal. Falta toda corrección en Horta y Miravet.

61. Cf. *Consuetudines Ilerdenses*, cap. 22, procedente de un privilegio de Alfonso el Casto de 1191 (VALLS, *Les fonts documentals*, doc. III). Creemos muy probable que el texto balaguerino, con su concreta determinación de las cuatro plazas urbanas, viniera suscitado por el precepto de Lérida que consagraba la libre y pública pertenencia de las calles y plazas

DE INIURIIS

[65] Siquis aliquem irato animo cum palma vel pugno percuserit LX solidos det dominationi. Sic enim nobilis dominus Pontius quendam Urgellensis comes fieri mandavit in Balagario⁶².

II

1218, noviembre, 12.

Privilegio del rey Jaime I concediendo a los habitantes de Balaguer la facultad de tomar agua del río Segre en los términos de Camarasa y Merita, para el riego de las llanuras de Vilanova y de Ció, con regulación de dicho uso y correspondientes prestaciones.

- [A]. Original, perdido, pergamino existente antiguamente en el Archivo de la pachería de Balaguer, según referencia del Inventario de los privilegios de la ciudad efectuado en 1328 y contenido en el Pergamino n.º 19 de Privilegios de su Archivo.
- B. Transcripción de fines del siglo XIV en el Archivo Municipal de Balaguer, *Llibre de Privilegis*. fol. 66.67vº.

“In Christi nomine. Sit notum cunctis, quod nos Iacobus, Dei gratia rex Aragonum, comes Barchinone et dominus Montispesulani damus et cum hac presenti scriptura perpetuo valitura plenam et liberam concedimus licentiam et potestatem vobis universis hominibus de Balagario presentibus et futuris quod vos et omnes sucesores vestri possitis semper in quocumque loco volueritis infra terminos de Camarasa et de Merita secundum vestre arbitrium voluntatis de flumine Sicoris cequiam extrahere sive riguum et ipsam cequiam et riguum ducere ad rigandum totam planam rivi de Cione et Villanova quantum extenditur terminus de Bala-

de la ciudad a favor de sus habitantes, sin restricción alguna, ya que tal principio en sus líneas generales aparece también consignado en Balaguer, tras la referida anotación topográfica. Horta, cap. 12 y Miravet, cap. 2, formulan, asimismo, aquel principio, de modo general.

62. Como explícitamente se expresa en el texto, procede este precepto penal de un desconocido privilegio del conde Ponç (posiblemente hacia 1244), en el cual sólo podemos advertir una cierta relación en los caps. 9 y 10 de Miravet, el primero, sancionado también con 60 sueldos la herida causada a la cara con la mano, y el segundo, con cinco sueldos, la inferida en cualquier otro lugar del cuerpo con el puño o la mano.

gario ultra flumen Sicoris predicti. Concedimus etiam vobis et omni proieni et posteritati vestre imperpetuum quod similiter possitis extrahere cequiam de rivo de Cione sicut melius volueritis et ipsam aquam ducere ad rigandum totam predictam planam de Cione et de Villanova. Predictas itaque aquas et cequias sive rigguum cum suis aqueductibus et reductibus et pertinentiis omnibus et tenementiis vos et omnis posteritas vestra habeatis semper libere et teneatis semper libere et teneatis uotenter et splectetis plenarie ad omnes voluntates vestras inde faciendas sicut melius dici et intelligi potest ad vestrum vestrorum salvamentum sive comodum et prefectum salvo semepr et retento nobis et aliis dominis censu sive tributo inferius substituendo quod propredicta cequia facere debetis. Preterea nos Iacobus rex predictus profitentes et recognoscentes quod vos homines de Balagario predicti de vestra propia pecunia et ad expensas vestras propias et missiones hanc cequiam predictam facitis et aquam extrahetis ad rigandum terminos predictos, per nos et universos dominos qui in predictis terminis participantur et cequia et aqua cum hac carta imperpetuum duratura vobis et universis posteris vestres deffinimus et remittimus et laxamus ex toto illud medium quartum quod vos et vestri nobis et nostris et aliis dominis predictorum locorum et cequie semper dare consuevistis, ita tamen quod unusquisque vestrum qui sub cequia predicta et in predicta plana de Cione et de Villanova hereditatem habetis detis nobis et aliis dominis semper in singulis annis in festo Santi Michaelis pro unaquaque kaficata terre per cequiaticum imperpetuum constitutum singulos XVIII denarios et non amplius unquam, salva tamen franquitate illa qui antiquitus data ruit ipsi terre de Cione fundate subtus ipsam cequiam veterem ab antecessoribus nostris. Nos, item, rex predictus per nos et alios dominos vobis prenominatiis hominibus de Balagario promittimus et convenimus quod facto hoc primo opere et cequia predicta et rigo de vestra pecunia sicut superius est expressum nos deinde semper et nostri dicti domini et posteris eorum ipsam cequiam et aquam ad expensis propias nostras et missiones a capite illius cequie quam modo facitis usque ad vineam de Saulo ducemus et condirectam tenebimus et mundatam cum suis payxeriis sive resclosis et aliis apparamentibus suis ita quod de ipsa cequia et aqua sufficienter rigare valeatis semper vos et vestri totam predictamplanam de Cione et de Villanova sine aliquibus missionibus vestris. Set sciendum est quod vos homines de Balagario de vestro proprio semper facere debetis anfrontem dicte cequie tam in plana de Cione quam in plana de Villanova ubique est siquidem sciendum. Et omnibus sit manifestum quod nos rex predictus de voluntate et assensu omnium vestrorum retinemus nobis et successoribus nostris imperpetuum omnia molendina et omnia melioramenta quecumque in predicta cequia et rigo facere poterimus ullo modo sine dampno tamen et deterioramento illius cequie et rigui predicti. Ad ultimum, vero, nos prefatus rex per nos et nostros et per alios dominos qui in predicta cequia participantur vobis omnibus hominibus de Balagario promittimus bona fide quod super hiis

omnibus et singulis vobis guirentes erimus et legales deffensores inperpetuum contra omne quaslibet personas.

Datum Ilerde II^o odus novembris per manum Blaschi notarii nostri et mandato nostro et ipsius scripta a Iohannem Egidii sub era M.CC.L. sexta, anno Verbi Incarnati M^o.CC^o.XVIII^o.

Signum Iacobi, Dei gratia, regis Aragonum, comitis Barchinone et domini Montespesulani.

Huius rei testes sunt Arnaldus vicecomes Castriboni, Guillelmus de Montecatano, Dalmaticus de Crexello, Guillelmus Raimundus de Montecatano, F. de Santo Martino, Raimundus de Castroveteri, B. de Castro Episcopali, Guillelmus de Lordano.

Signum Iohannis Egidii qui mandato domini regis et Blaschii notarii sui hanc cartam scripsit loco, die et anno quo supra et in XVII linea suprascripsit ubi dicitur "cequia".

III

1228, octubre, 31

Privilegio del rey Jaime I a la ciudad de Balaguer, concediendo la celebración de mercado semanal y feria anual, exención de impuestos de tránsito y de seguridad a sus concurrentes, junto con otras varias franquicias, además de confirmar las concedidas por sus predecesores.

[A]. Original, actualmente perdido.

[B]. Traslado efectuado en 1230, por el notario de Balaguer, Guillermo Morell, actualmente perdido.

C. Reproducción de B de fines del siglo XIV en el Archivo Municipal de Balaguer, *Llibre de Privilegis*, fols. 64-65v^o.

Manifestum sit omnibus quod nos Iacobus, Dei gratia rex Aragonum comes Barchinone et dominus Montespessulani, attendentes dignum esse ac consentaneum rationi quod princeps eos qui ad honorem et servitium eius laborare noscuntur diligat specialiter et circa eorum promotione operam adibeat efficacem damus, concedimus et laudamus per nos et nostros inperpetuum universis civibus presentibus et futuris civitatis Balagarii que, auctore domino, nostre nunc dictioni subiecta est, forum sive mercatum publicum et generales in eadem civitate, singulis septimanis in die sabbati perpetuo celebrandum et nundinas sive ferias singulis annis mediante mense augusti per octo dies continue celebrandas nostro et nostrorum per omnia et in omnibus iure salvo. Et statuimus igitur firmiter

et mandamus quod omnes persone que ad dictum mercatum vel ad predictas ferias venerint sint salve et secure cum omnibus rebus et mercibus quas secum duxerint vel portaverint in veniendo et stando ibi et redeundo usque ad domos suas. Enfranchimus et franchos liberos facimus et cives predictos presentes et futuros inperpetuum cum omnibus rebus et mercibus suis ab omni leuda, pedatico, portatico, usatico, penso et mensuratico tam bladi quam alterius cause, tolta et consuetudie, novis et veteribus statutis et statuendis per omnia loca terre et dominationis per terra videlicet et mare et aquam dulcem. Remitimus insuper et concedimus eis in perpetuum ut si quas aliquando nobiscum vel cum militibus et castellis nostris illius civitatis habuerint controversias semper sint libere et inmundes et penitus alieni a iudicio sive purgatione candentis ferri et aque dulcis vel frigide, ita scilicet ut in huiusmodi iudit[i]s sive purgationibus teneantur solummodo simplex iuramentum prestare salvis invicem vicinaliter purgationibus supradictis. Ceterum, dimitimus, diffinimus et absolvimus eisdem civibus presentibus et futuris per secula cuncta onines exorquias et intestaciones sive intestias qui inusitatis continentur. Volentes et eis licentiam, facultatem plenariam concedimus ut libere possint testari de bonis suis et bona eorum que intestato proximis defferantur. Similiter et cucutias eis perpetuo remitimus et diffinimus hoc retento quod in adulterio deprehensi currant per civitatem sicut in Ilerda facere consueverunt et nullam aliam penam sustineant inde. Item, damus et concedimus eis ut quecumque persone ibi ad populiandum venerint vel res suas ibi comendaverint salvus et securus et sub nostra protectione et ducatu permaneant et sit ubique et res suas salvas habeat dum modo paratus fuerit respondere in iure et facere directum et cuilibet de eo querimonia proponenti. Addimus etiam presenti privilegio dantes et concedentes prememoratis civibus in eternum ut quacumque questione emergente nobiscum vel cum castellanis vel aliis quibuscumque nunquam civitatem suam exire teneantur, set ibi ratione domicilii subiaceant iuri ibique iudiciali prestita caucione nulla alia violencia sustinendant vel gravamen. Tandem eis concedimus et confirmamus omnia privilegia inmunitates et franquitates et bonas consuetudines quas comes Urgellensis bone memorie ipsis contulit et concessit. Quicumque autem contra hanc cartam nostram venire in aliquo attemptaverit iram et indignationem nostram et penam duorum milium morabatinarum post restitutionem illata dampni factam in duplum se noviter sine aliquo remedio incursum. Mandamus itaque percipientes firmiter universis, baiulis et vicariis et merinis atque iustitiis et aliis hominibus nostris presentibus et futuris ut cives Balagarii presentes et futuros et omnes res eorum tanquam nostras proprias et speciales manteneant usque in terra nostra fideliter et defendant et a nullo permitant nequiter molestari et omnia iura sua faciant eos habere integre et in pace. Confirmamus etiam instrumentum illud vobis concessum a domino Petro, rege Aragonum patre nostro et omnia et singula que in eodem instrumento melius et plenius continentur.

Datum apud Ilerdam pridie kalendas novembris anno Domini M^o.CC^o.XXVIII^o.

Signum Iacobi, Dei gratia, regis Aragonum, comites Barchinone et domini Montispessulani.

Huius rei testes sunt Guillelmus de Montecatenno, Barchinone vicecomes, Guillelmus de Cervaria, F. de Santo Martino, R. Alaman, Guillelmus de Claromonte, Hoco de Alagone, García de Ma...(?), Petrus Cornelii.

Signum Guillelmi scribe qui mandato domini regis pro Guillelmo de Casala notario suo, hoc scribi fecit loco die et anno prefixis.

IV

1311, julio, 25

Privilegio del conde Ermengol X, por el que restaura la antigua organización de la Paheria de Balaguer, atendiendo la petición de sus prohombres de cumplimentar la declaración de los jueces asignados para tal cuestión y aceptando la revisión de los anteriores Estatutos de la misma, efectuada por dos jurisperitos.

[A] Original perdido, pergamino existente en el antiguo archivo de la Paheria, según reseña del Inventario efectuado en 1328 (Pergamino de Privilegios n.º 19 del Archivo Municipal de Balaguer).

B. Archivo Municipal de Balaguer. Privilegios. Pergamino n.º 7 (traslado notarial, sin fecha, de siglo XIV o XV).

C. Archivo Municipal de Balaguer. *Llibre de Privilegis*, fols. 98vº-101vº. Transcripción de fines del siglo XIV, al parecer, independiente de B.

D. Versión catalana de 1354, incluida en *Llibre de Consuetuts, Privilegis i Ordinacions*, fols. 24-26 del Archivo Municipal de Balaguer, como encabezamiento de las *Ordinacions* de la ciudad [Vid. Apéndice VI].

E. Copia en papel, de siglo XVIII, de la versión D, en el Archivo Municipal de Balaguer, Legajo 219, Pliego n.º 1, Cuaderno n.º 3.

a - POU, J. M.^a, *Historia de la ciutat de Balaguer*, Manresa, 1913, página 344, Appendix II. Publica la versión B, con notorias incorrecciones.

In nomine sancte et individue trinitatis patris et filii et spiritus sancti. Amen. Sciant cuncti quod cum comitalis benevolentie sic sit comoditatibus subiectorum ut resequatis hiis que communi utilitati nociva esse videntur, illa sola muniat et conservet que utilitatem respiciunt singulorum, hinc est quare nos Ermengaudus Dei gratia comes Urgelli, attendentes affec-

tionem et benevolentiam et veram dilectionem quam habemus penes vos probos homines habitantes in civitate Balagarii et actenus habuimus; attendentes etiam supplicationem nobis per vos factam ut declarationem sive sententiam latam per religiosos viros fratrem Bernardum Pintor ordinis fratrum minorum conventus Ilerd et fratrem Petrum Olibo, ordinis predicatorum conventus eiusdem loci et venerabiles magistrum Raymundum de Vilalta, Urgellensem et Ilerdensem canonicum et Bernardum de Ortoneda et Berengarium Solá, jurisperitos, per nos cognitores sive iudices assignatos ad dirimendas sive determinandas omnes petitiones contra nos oblatas super debitis et iniuriis nostris et predecessorum nostrorum secundum Deum et forum anime ut in civitate Balagarii possent esse paciarii prout olim retroactis temporibus esse consueverunt, et possent ea facere que olim paciarii antiquitus fecerunt et facere consueverunt, et prout paciarii antiqui usi fuerunt officio paciarie in eadem civitate quam eandem sententiam sive declarationem deberemus executioni debite demandari, nos vero comes predictus volentes dictam sententiam sive declarationem exequi prout decet, fecimus coram nostri presentiam evocari aliquos probos homines eiusdem civitatis quos universitas eiusdem civitatis ad hoc deputavit. Et quia nobis erat incognitum et probabiliter dubitamus que et qualia debebamus eidem civitati habitantibus in eadem concedere super usu sive exercitio et aliis iuribus pertinentibus ad dictam paciariam, predicti probi homines nobis porrexerunt et hostenderunt quasdam constitutiones sive quemdam librum constitutionum in quo effectum ut prima facie apparebat, erant aliqua privilegia, gratie, immunitates concessa eidem civitati et habitantibus et habitaturis in eadem per nobilissimos viros dominos Ermengaudum, Poncium, Alvarum felicis recordationis comites Urgelli et per alios predecessores nostros. Erant etiam in eodem libro constitutionum, quedam statuta sive constitutiones edite per probos homines eiusdem civitatis, que, quantum ad possessionem, potestatem paciariorum predictorum nec non quantum ad usum officii eiusdem, declarationem indigebant, videlicet que et quanta facere poterant paciarii per dictam civitatem electi et eorum potestas ad quid se extendebat, et invenimus in eisdem constitutionibus quo ad usum prefate paciarie, quod aliqua erant dubia, aliqua vero obscura sicque correctionem et declarationem indigebant. Et iussimus discretis Guillelmo Çamora iudici nostro ordinario et Bernardo Meaylla jurisperito Balagarii, ut predicta dubia et obscura corrigerent et declararent et in melius emendarent ad utilitatem nostri et proborum hominum, habitantium et habitaturorum in dicta civitate. Qui quidem Guillelmus Çamora et Bernardus Meayllada iussu nostro, dicta dubia declararunt ut per declarationem per eos factam inferiusque insertam nobis extitit plena fides. Quarum constitutionum et declarationum tenor talis est:

(Sigue el texto íntegro de los estatutos de la Pañería según la revisión formulada por los mencionados juristas, que omitimos en este lugar por hallarse reproducidos ya en el Apéndice I, como versiones C-D del texto de las Consuetudines Balagarii, en la parte pertinente (caps. [15-22 bis]))

y presentados en forma sinóptica con los capítulos correspondientes del mismo.)

Qua declaratione nobis facta per eosdem, eandem nichilominus nobis hostenderunt et verbo ad verbum legerunt. Et quia nobis utile visum fuit predictas declarationes legitime fore factas et etiam equitati consonantes, ideoque nos comes predictus ex certa scientia et consulte certi de facto et instructi de iure cum hoc presenti publico instrumento firmiter et imperpetuum valituro per nos et omnes heredes et successores nostros volumus et concedimus vobis omnibus et singulis probis hominibus habitantibus in civitate Balagarii et de cetero habitaturis quod vos possitis habere paciaros et eos eligere annuatim prout aliis retroactis temporibus habere consuevistis. Et quod idem paciarii utantur et officium patiarie exercent juxta formam supradictam et prout antiquitus plene et libere exercere consueverunt. Et nichilominus dicta privilegia, concessiones et immunitates, gratias, constitutiones et declarationes in dicto libro contenta vobis ex certa scientia nunc et in perpetuum confirmamus, aprobamus et laudamus et nichilominus de novo concedimus. Mandantes cum hoc presenti publico instrumento quod in hoc casu vicem volumus epistole obtinere omnibus et singulis vicariis, procuratoribus, baiulis, et aliis officialibus et subditis terre et iurisdictionis nostre sub pena quingentorum morabatorum, quam eos et unumquemque eorum incurrere volumus eo ipso, si contra predicta vel aliquid predictorum in aliquo contravenerint, quam predictam gratiam, concessionem et confirmationem observent et in aliquo non perturbent vel impediunt si de nostri confidunt gratia vel amore. Et ut predicta maiori fulgeant firmitate presens publicum instrumentum nostri iussimus sigilli pendentis munimine roborari.

Quod est actum octavo kalendas augusti anno domini millesimo trecentesimo undecimo.

Signum Ermengaudi, Dei gratia, comitis Urgellensis predicti qui hoc laudamus, concedimus et firmamus.

Signum magistri Raymundi de Vilalta, Ilerdensis et Urgellensis canonici ac rectoris ecclesie Balagarii - Signum Bernardi de Guardia militis - Signum Petro Emiterii habitatoris Ageris. Signum Arnaldi de Murello, civis Balagarii, testium.

Berengarius Pellipari, notarius publicus domini comitis predicti qui hec scribi feci auctoritate dicti domini comitis a memoria recepta per Pontium Arnaldi notarium quondam domini comitis predicti qui morte preventus ipsum claudere non valuit, et meum signum apposui.

V

[1347-1408] (*)

Privilegio de Pedro I, conde de Urgel, prohibiendo la entrada de vino forastero en la ciudad de Balaguer.

[A]. Original perdido.

B. Transcripción del siglo XIV en Archivo Municipal de Balaguer, *Llibre de Consuetuts, Privilegis i Ordinacions*, fol. 20v.

“Privilegium de non mitendo vindemiam extraneam neque vinum extraneum in dicta civitati Balagarii.

Noverint universi quod nos Petrus incliti Domini infantis Iacobi bone memorie filius, Dei gratia comes Urgelli et vicecomes Ageris. Attendentes quod comitali congruit dignitati subditos suos et precipue illos quos ad suo servitio ab experto novit benivolos et intentos donis sue munificentie gratiis et privilegiis decorare. Idcirco ad fidelitatem et sinceram devotionem ac ferventem affectionem quam vos paciarii et probi homines civitatis Balagarii erga nos et progenitores nostros in exhibendis servitiis prompte et multipliciter exhibuistis et hostendistis et etiam exhibere nos promptos ferventis animis hostendistis et etiam exhibitis nostrum intuitum dirigentes. Volentes quare ideo vos et dictam civitatem favore benivolo atque gratioso prosequi in hac parte ut dicta civitas et habitantes in ea presentes pariter et futuri valeant suscipere prospera incrementa. Propterea de certa scientia nostra per nos et omnes nostros heredes et successores nostros, cum hac presenti carta a privilegio nostro suo pleno robore perpetuo et firmiter valituris et duraturis volumus et concedimus et ordinamus ac etiam firmo edicto perpetuo statuimus quod vindemia extranea sive a lociis vel terminis extraneis nunquam inmitatur neque inmiti possit in dicta civitate vel eius terminis pro faciendo vinum vel aliis usibus quibuscumque quibus uti possit in dicta civitate vel eius terminis. Quodque vinum extraneum sive a lociis extraneis quibuscumque sint pro vendendo vel bibendo in dicta civitate vel eius terminis nunquam inmitatur neque inmiti valeat personam vel personas quaslibet cuiuscumque legis preheminentie conditionis fuerint sive status cum animalibus vel sine vel alio quomodocumque. Quod si aliqua persona contra concessionem,

(*) La carencia de toda suscripción en este documento, nos obliga a dar como fecha posible de su otorgamiento los años extremos de principio y fin de gobierno del conde. Creemos con todo que su transcripción en el mencionado *Llibre* del Archivo, a renglón seguido de las *Consuetudines*, como obra de la misma mano permite aproximarle hacia principios de la segunda mitad del siglo XIV.

ordinationem et statutum nostrum et nostram predictam et predictum vindemiam extraneam pro faciendo vinum vel pro aliis usibus sive vinum extraneum in dicta civitate vel eius terminis prohibendo, expendendo vel vendendo in miserit sive inmitere atemptaverit, eo facto incidat sive incurrat in penam quinquaginta aureorum alfonsinorum recti ponderis. Cuius quidem pene due partes nobis et nostris successoribus, et tertia pars residua illi vel illis qui hoc denuntiaverint sive accusaverint sine ulla gratia quam de illa nullatenus expectent applicetur.

VI

«Ordinacions» y «Bans» de la ciudad de Balaguer (1313-1337 ?), (1404-1435)

- [A]. Original, en el antiguo *Libre Vermeyl de la Paheria*, perdido.
- B. Transcripción de 1354 en un nuevo libro, incorporado y encuadrado en fecha imprecisa en el *Llibre de les Consuetuts, Privilegis i Ordinacions* del Archivo Municipal de Balaguer, ocupando los folios 24-65vº de la foliación actual del mismo.
- a. CARRERAS CANDI, F.: *Ordinacions urbanes de bon govern a Catalunya*, en Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona, vol. XII (1926), págs. 372-380, 419-423 y 520-533, omitiendo tan sólo el encabezamiento general y las ordenanzas finales del siglo xv.

“En l’any de la Santa Nativitat del fill de Deu Jesuchrist MCCCL quatre los honrats en Francesch de Murall, en P. de Cervera, en P. de Santa Linia e N’Arnau de Castre, pahers de la Ciutat de Balaguer en l’any damunt dit feeren fer aquest present libre en lo qual sien translats e scrits tots bans e ordinacions e establiments, los quals eren scrites o la maior partida d’aquelles en un libre antich quaix tot esquarnat e destroit apellat libre vermeyll de la Paheria en lo qual libre eren escrits e notats ordinariament tots los bans e ordinacions que en la ciutat son acostumats de tenir, los quals bans e ordinacions de paraula a paraula los dessus dits en Francesch de Murell, en P. de Cervera, en P. de Sancta Linia e n’Arnau de Castre pahers feeren transladar e escriure per ço que d’aquí avant estiguessen los dits bans e ordinacions en pus ferma duradora memoria. E en lo lo començament del present libre es demostrat per escrit largament lo privilegi que’ls prohoms de la dita Ciutat en temps passat obtingueren del Offici de la Paheria del molt noble baro e senyor lo senyor N’Ermengou, de bona memoria, comte d’Urgell per la tenor del qual privilegi los prohoms de la dita ciutat de Balaguer poden fer cots, ordinacions, establiments e posar bans duradors aytant com als prohoms de la dita ciutat plaura e crexer e minuar aquells tota vegada segons que a lur gran saviesa sera ben vist faedor.

En nom de la santa e no departida Trinitat Pare e Fill e Sant Esperit, amen. Sapien tots que com la condal benevolença sie axi als profits dels sotmesos per tal que relevades aquelles coses que a la utilitat comuna son vistes esser noybles aquelles soles nodresen e conserf que esguarden lo profit dels singulars. Per que nos N'Ermengou per la gracia de Deu, comte d'Urgell, attenents la affeccio e la volença e vera dilecció que havem en vos vosaltres prohomens habitans en la ciutat de Balaguer e entro aci havem hauda, atenen encara la suplicació a nos per vos feta, que la declaració o sentència donada per los Religiosos savis e discrets Francesch, prior de la Orde dels frares menors del Convent de Leyda e frare Pere Olivó del orde de's prehicadors del convent del dit loch e encara dels honrats Mestre Ramon de Vilalta, canonge d'Urgell e de Leyda, en Bernat d'Ortoneda e en Berenguer Sala savis en dret per nos jutges e conxedores assignats a departir e determenar totes peticions o demandes contra nos donades sobre los deutes e iniuries nostres e dels predecessors nostres segons Deu e for d'anima. E que en la dita ciutat de Balaguer puguen esser pahers segons e en la manera que en los temps passats eren acostumats esser e poguessen aquelles coses fer que los altres pahers feeren e fer acostumaren e en la manera que'ls pahers antichs foren usats del ofici de la paheria en la dita ciutat. Que aquella sentència o declaracio deguessen menar a deguda exacucio. Per que nos, comte damunt dit, volent la dita sentència o declaració exseguir segons que es cove feem devant nostra presencia apellar alguns prohomens de la dita ciutat. Los quals la Universitat d'aquella Ciutat a aço diputa. E car a nos era incert e aprovadament duptavem quinyes e quals coses deviem a la dita ciutat e als habitants en aquella atorgar sobre l'us o exercici e altres drets pertanyents a la dita paheria. Los dits prohomens a nos donaren e mostraren unes constitucions o un libre de constitucions en lo qual en acabament segons prima faç apparia, eren alguns privilegis, graties, e immunitats atorgats a aquella Ciutat e als habitants e habitants en aquella, per los molt nobles barons senyors N'Armengou, en Ponç, N'Alvaro, de feel recordacio, comtes d'Urgell e per los altres predecessors nostres. Eren encara en aquell meteix libre alguns estatuts o constitucions feytes pels prohomens de la dita ciutat que quant a la possessió e poders dels pahers damunt dits e encara quant al usament de lur ofici fretureyaven declaració ço es a saber quinyes coses e quantes fer avien pogut los pahers per la dita ciutat elets e lo lur poder a que s'estenia e atrobam en aquelles constitucions quant en l'us de la dita paheria que algunes coses hi eren duptoses e algunes obscures e axi fretureyaven correcció e declaració. E manam als discrets en Guiem Çamora, jutge nostre ordinari e an Bernat Meaylada savi en dret de Balaguer que los dits duptes e obscuredats corregissen e declarassen e en meylor ho esmenassen a profit vostre e dels prohomens habitants e habitants en la dita ciutat. E aquells en Guiem Çamora e en Bernat Meaylada de manament nostre los dits duptes declararen per tal que per la declaracio per ells feta e devall insertada a nos

fo feyta plena fe. La tenor de les quals constitucions e declaracions es aytal. "Hauda gran deliberació ab tot lo poble de la ciutat de Balaguer a aquestes coses especialment ajustats ensemps los pahers e conseyllers de assentiment del comú de la Universitat damunt dita statuiren e ordenaren que en per tots temps en cascun any sien elegits quatre pahers e XX conseyllers qui sien dignes e sufficients al regiment e governació de la Ciutat damunt dita saul dret dels senyors e que sia feyta la ordenació e elecció d'aquells cascun an mudats los primers lo dia del benehuyrat Sent Bartholomeu apostol. Juraran los pahers e conseyllers damunt dits servir les dites coses e los drets dels senyors de la dita ciutat feelment e entegre conservar. La forma del sagrament que prestaran es aquesta. Jo, n'aytal, tocats los sants Evangelis davant la presencia mia posats ab bona fe jur mi esguardar, guardar, e feelment governar e desfendre segons la mia bona consciencia la Ciutat e lo poble de Balaguer e los bens d'aquells dins e defora a honor e utilitat de la nostra ciutat e de tot lo poble, salva feeltat en totes coses de senyors. Mas los conseyllers axi jurara. Jo n'aytal, tocats los sants evangelis jur que donare ajuda, conselly a favor als pahers, ordenats e constituïts en governadors e deffensedors damunt dits a bona fe e a bon enteniment segons que dessus es expressat. Plague als pahers, conseyllers e als altres prohomens de Balaguer ayi emper tots temps esser servat e d'aquí enant deure, que si convindra aquells congitar o fer comú per qualsque despeses de la dita ciutat o per altra qualsevol manera, que tots los homens de la dita ciutat e dels termens d'aquella posen o paguen, segons la quantitat dels bens de cascun a conexença reconeguda dels pahers e conseyllers de la dita Ciutat. E los pahers els altres prohomens de la ciutat de Balaguer pugnen induyr pregan los habitants de la dita Ciutade estranys a pau e composicio entre ells ensemps faedora axi empero que per aquella induccio no sie vist los transigens o faens les dites composicions aquelles forçar a no posar clans mas segons que els prohomens tan solament acostumaren de pau a tractar. Item, si questio sera entre'ls vehins de la ciutat de Balaguer, de cequies e de braçals o de fites o termes de camps o de canals o d'altres obres vehinals axi de cases com le camps e de carreres axi dins la Ciutat com fora la Ciutat en les quals coses e semblants d'aquelles puixen los pahers testimonis e sagraments d'aquells reebre e aquelles questions a lur bon arbitre e segons les coses provades e us de la ciutat damunt dita sentencialment determenar, salvo enpero en totes les dites coses, dret dels senyors. Item, que'ls pahers ab los conseyllers puguen per si mateys convocar conselly e aiustar e cots e bans e constitucions fer e imposar, mudar e minvar e creixer e vinyogols e messeguers metre e ordenar axi com a ells sera vist e aço sia feyt cascun an en die del digmenge apres la festa de Sent Miquel del mes de setembre o en altra qualque die o temps segons que mills los sera vijares esser vist fahedor. Item, que'ls pahers elegits regonesquen e inquiren diligentment e entesa totes aquelles coses per les quals lo cot e bans foren establits. E aquells messeguers o vinyogols juren e a jurar aien en presencia del batlle

del senyor Comte e dels pahers e conseyllers que faran feelment e encercaran totes aquelles coses que al lur ofici se pertanguen. Item que dels bans comeses que d'aquen se devindran los pahers donen la terça part al batle del senyor Comte e a aquell o a aquelles qui denunciaran lo ban altra terça part e l'altra en ves si retinguen convertidora a profit de la Ciutat de Balaguer. Axi empero ho departesquen segons que en los bans est vist esser contengut. Item que'l batle del senyor Comte segons que li sera denunciat faça per lo seu saig los bans comeses penyorar e per ço es establít que lin sia donada la terça part. Item, que remissions o gracies de bans fer no's puxen pels pahers sens volentat e expres consentiment del batle del senyor Comte ne lo dit batle aquelles remissions o gracies fer puxe sens volentat e expres consentiment dels pahers damunt dits". La qual declaració a nos feta per aquells aquella no resmenys a nos mostraren e de paraula a paraula legiren. E com a nos fo vist profitos les dites declaracions legitimament esser feytes e encara consonants a egualtat. Em per amor d'aço, nos Comte damunt dit, de certa sciencia nostra e aconsaylada certs de fet e instruyts de dret ab aquesta present publica carta fermament e em per tots temps valedora per nos e per tots los hereus e succehidors nostres volem e atorgam a vosaltres tots e sengles prohoms habitants en la ciutat de Balaguer e d'ací a avant habitants, que vosaltres pugats haver pahers e aquells elegir cascun any segons que en los altres temps passats erets acostumats de haver e que'ls dits pahers usen e exercesquen del offici de paheria segons la forma desus escrita e axi com antigament plenerament e liura usar acostumaren. Et no resmenys los dits priyilegis, concessions, inmunitats, gracies, constitucions e declaracions en lo dit libre contengudes a vosaltres de certa sciencia ara e emper tots temps confermam, aprovam e loam e encara de nou atorgam. Manam ab la present publica carta la qual en aquest cas volem veu de letra portant a tots e sengles veguers, procuradors, batles e als altres oficials e sotsmeses de la terra e jurisdiccio nostra sots pena de cinchcents morabatins la qual a ells e a cascun d'ells el dit cas volem esser encorreguts si contra les dites coses o alguna d'aquelles en alcuna manera vindran. Que la dita gracia, concessio e confirmacio observen e en neguna cosa no perturben o empatxen si confien de la nostra gracia e amor. E per tal que les damunt dites coses aien maior fermetat la present publica carta de nostro sagell pendent manam, eser guarnida e roborada. Les quals coses foren feytes octavo kalendas Augusti anno domini millesimo CCC^o.XI^o.

Sentyal d'en Ermengou per la gratia de Deu Comte d'Urgel damunt dit qui aquestes coses loam, otorgam e fermam.

Sentyal de mestre Ramon de Vilalta, canonge de Leyda e d'Urgell e Rector de la Esgleya de Balaguer. Sentyal d'en Bernat de Guardia cavaller. Sentyal d'en P. Emerich habitador d'Ager. Sentyal d'en Arnau de Murell, ciutadà de Balaguer, testimonis.

En Berenguer Pelicer, notari del senyor Comte, damunt dit, qui aquestes coses escriure fiu per auctoritat del dit senyor Comte de la memoria

reebuda per en Ponç Arnau, notari ça enrere del dessus dit senyor Comte, el qual pervengut a la mort aquella cloure no pogué e lo meu sentyal hi posí”.

“El nom de nostre Senyor Jehucrist e ab la sua beneyta gracia e de la verge gloriosa dona santa Maria mare sua. Comence aquest libre el qual son escrits e ordenats tots los ordinaments dels bans de la Ciutat de Balaguer veylls e novells en aquesta manera que es segueix, los quals son confirmats duradors no revocablement en per tot temps...

(Sigue el cuerpo de las “Ordinacions” y “bans” promulgadas por los paheres y prohombres y aprobadas por el batlle, desde 1313, y que ocupan hasta el fol. 63. Omitimos su reproducción, dada su gran extensión y haber sido publicadas ya por CARRERAS CANDI, loc. cit. supra.

En fol. 64 se continúan las siguientes “Ordinacions”, del siglo xv, que transcribimos por no haber sido publicadas.)

“Lo Comte d’Urgell.

En Roger sobre la reedificació e adob dels alberchs diruits e d’aquells qui stan en perill de caure si prestament no y era provehit vos trametem alcunes ordinacions per nos sobre aço fetes scrites en una cedula dins la present interclusa per que us dehim e manam expresament e de certa sciencia e sots pena de cent florins d’or a nostres cofres de vostres bens si aços dilatancts aplicados que les dites ordinacions e totes coses aquelles necessaries breument espatxada exequistats e exiguir façats tots altres afers e dilacions apart posats. E açó per res no mudets com sien actes que havem molt a cor atés que concernen de ocasió de la cosa pública d’aquexa universitat e per conseguint profit e utilitat nostra. Dada en la Selva del Camp de Tarragona sots nostre segel secret a XVII de Febrer del any de la nativitat de nostre senyor M.CCCC. e quatre.

Tenor vero ordinationum de quibus in predicta litera mentio habetur sequitur in hunc modum.

Primo, sie provehit al alberch d’en Rochamora que’es del preu de la vinya que s’es venuda e que...venut lo dit alberch e la donchs sien pagats aquels de qui era la vinya segons la ordinació deços scrita.

Item lo senyor comte mane e proveeix sobre els ... bens que es fan, que’l assessor, scrivans, corredors e saigs no paguen haver guerents al ... sino per lo preu que.íls bens seran venuts e que.íl dit salari no trauen fins, que sien tots venuts.

Item, l’alberch d’en Pere Dalmau sie provehit que ell l’adob si.s pot provar que ell l’aie logat, extimat e constituit a cens despuix que mestre Pere de Roda no y ha stat sino que’n forcets los maiorals de la confraria que y han cert censal.

Item, l’alberch d’en Tortosi sie provehit que’es adob del salari que han haut lo assessor, scrivans e altres oficials de la cessio dels bens e com sie adobat que es vench e la donchs sien pagats segons la ordinacio desusdita.

Item, al alberch d’en Francesch de Morell que sie forçat d’adobar lo

de sos bens, empero que li sie primerament denunciat e assignat sufficient temps lo qual li sie partit convinentment en guisa que supportablement puxe adobar lo dit alberch.

Item, sie sabut qui ha hauts los L. florins que micer Macia hi bestragué e dona al capellà del dit en Francesch e que'n don copte son hereu en guisa que si res hi reste que serveixque en adob del dit alberch.

Item, aximateix sie forçat d'adobar son alberch en Gispert de Camporells, empero la part que es contre en Francesch de Horell e ella que's faça a missió d'abdosos si per justícia axis deu fer.

Item, sie provehit que l'aygua de Vilanova entre prestament e si ja... no entre que com ... per li face se face a mans e per dehents.

A's altres alberchs qui son derruyts e sien en perill ha ordenat lo senyor Comte les provisions següents:

Primo, que'l sotsveguer de la dita Ciutat ab dos homens elegidors per lo consell noviter vegem e reconeguen tots los dits alberchs e que facen escriure los dirruits de qui son e axi mateix quines obres hi son necessaries a reficar los alberchs qui stan en perill.

E açó ab diligencia reconegut provehesquen que dins cert temps e com pus breu puguen aquells de qui son los dits alberchs haien manament que aquells construhisquen e adoben e si fer nou volran e y seran atrobats bens que d'aquells sien forçats de ferho.

Item, si bens no'ls seran atrobats e adobar volran que sien forçats a logar aquells si per loguer dels dits alberchs si pcora provehir. E si aquest remey no si pot pendre que sie intimat al senyor del cens que'l adob sino que renunciem al cens si comprador empero ab lo carrech del cens no y sera trobat.

E' la donchs, o si cens no fan sie tractat si's poran los dits alberchs vendre e que'ls compren persones que'ls obren e adoben prestament sino al d'altre remeis, que'ls donen a persones qui's vullan obligar e adobar e restituir ab ells.

Ordinacio a quin for se han a vendre les casses segons coste per consell de consellers celebrat a XXVI de janer del any M.CCCC.XXXV.

Primo que lo parell de todons que e nla ciutat se vendran per quis vulle o vuller persones stranya o privada se haien a donar per .X. diners.

Item, que tota persona stranya que vendra sexcelles en la ciutat axi de la ciutat com de fora se haien a donar per lo parell per VI diners.

Item que tota persona stranya o privada que vendra anades fetes en la dita ciutat se les haie a donar lo parell per XVIII diners.

Item que tota persona stranya o privada que portarà perdius en la dita ciutat les haie a donar lo parell XVIII diners.

Item, que tota persona stranya o privada que partara conills en la dita ciutat les haie a donar lo conyll per VIII diners.

Lo ban de les damunt dites coses es II sous per quiscuna vegada que lo contrari sera fet.

FUERO REAL Y ESPECULO

1.—Tras la publicación del último trabajo del profesor García-Gallo, dedicado a la obra legislativa de Alfonso X¹, el consenso casi unánime que había acogido su primera contribución², parece haber cambiado de signo. Quienes monográficamente se han ocupado de las Partidas tras 1976 han rechazado el nuevo planteamiento, rechazo que afecta incluso a la primera contribución. Si es cierto que recientemente se ha valorado positivamente el trabajo de 1976³, sin embargo, este mismo crítico, en su Manual, sigue vinculado, al parecer, a la primitiva posición del profesor García-Gallo⁴, mientras el último Manual publicado toma sus distancias frente a las nuevas tesis⁵.

Los trabajos monográficos dedicados a la labor jurídica del Alfonso X se han seguido, unos a otros, con tal premura en el tiempo, que, en muchas ocasiones, no han podido utilizar las recíprocas aportaciones, por lo que una serie de objeciones parciales al planteamiento de García-Gallo, permanecen fuera de un tratamiento sistemático.

Por todo ello, me parece oportuno volver aquí de nuevo a un antiguo y primerizo trabajo, que se apartaba ya, en aquellos años, del coro general de asentimiento alcanzado por el trabajo de García-Gallo

1. Alfonso GARCÍA-GALLO, *Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X*, en *AHDE* 46 (1976) 609-670.

2. Alfonso GARCÍA-GALLO, *El «Libro de las leyes» de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas*, en *AHDE* 21-22 (1951-1952) 345-528. Citaremos por la ed. especial: Madrid 1951.

3. J(esús) L.(ALINDE) A.(BADÍA), en *IHE* XXIII n.º 78180 (enero-diciembre 1977) 125. Ref. 77-680.

4. Jesús LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho español*² (Barcelona 1978) 126-127; 129 ss.

5. Francisco TOMÁS VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español* (Madrid 1979) 163-164; 233 ss.; no hay modificaciones importantes en la 3.ª ed. (Madrid 1981) 163-164; 233 ss.

de 1951/52, ofreciendo, quizá de forma un tanto parabólica, un planteamiento diferente⁶.

Este volver al pasado no debe ser valorado, así al menos lo pretendemos, como una autoafirmación complacida de posiciones mantenidas desde antiguo, sino simplemente como el intento de rescatar del olvido determinadas consideraciones, que si hubieran sido tomadas en cuenta en su momento, quizá hubieran podido contribuir a un avance en el conocimiento de la tarea legislativa de Alfonso X.

Nuestro antiguo planteamiento o ha sido totalmente ignorado o desconocido o han sido admitidas algunas de sus afirmaciones, sin mencionar su origen, o cuando ha sido benévolamente mencionado, no ha sido siempre, nos parece, bien entendido. Todos estos factores nos animan a volver de nuevo a aquel antiguo trabajo, no para defendernos de interpretaciones equivocadas, sino simplemente para poner de nuevo en circulación ciertas afirmaciones, que pueden contribuir, así lo creemos, a un mejor conocimiento de la obra alfonsina. Tales afirmaciones pueden ser equivocadas, pero quizá debieran ser discutidas para mostrar su inexactitud.

El impulso decisivo para esta decisión arranca de las conclusiones de un reciente trabajo, conclusiones con las que en parte concordamos y en parte disentimos:

«En realidad, para gobernar sus reinos formó Alfonso X el cuerpo literario mejor fechado de todo el Medioevo español: el *Especulo* «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 en cierto punto falsificadas hacia 1290»⁷.

¿Será suficiente mencionar una afirmación incidental en estas conclusiones —cuerpo literario— para explicar la imposibilidad de admitir las mismas en toda su extensión? Se ha utilizado agudamente la crítica textual para obtener interesantes conclusiones, pero tratando las obras jurídicas alfonsinas como una obra literaria más, desconociendo su carácter legal. Para destacar nuestras coincidencias y disidencias repro-

6. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Las Cortes de Zamora de 1274 y los casos de Corte*, en *AHDE* 41 (1971) 945-971.

7. Jerry R. CRADDOCK, *La cronología de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio*, en *AHDE* 51 (1981) 418.

duciremos aquí un párrafo de nuestra crítica a la edición de la primera Partida, llevada a cabo por Arias Bonet:

«No debemos olvidar que Alfonso X intenta actuar una triple política: a) reivindicación de la creación del derecho por el monarca; b) unificación jurídica de sus reinos; c) renovación jurídica; triple política que acometerá progresivamente... Crea entonces el Fuero Real, en los albores de su reinado —la primera concesión es de 1255— basado en este punto en Liber, a través de su traducción romance (F. Real 1,6,5; 1,7,1), y lo concede a Castilla, si bien a través de concesiones individuales, extendiéndolo posteriormente a Extremadura, zonas ambas en las que faltaba un derecho regio, iniciando al mismo tiempo tímidamente una renovación jurídica y una unificación parcial del derecho en los diferentes reinos, aunque todavía falta la unidad jurídica común a todos ellos. El segundo paso se lleva a cabo con el Espéculo —obra poco posterior al Fuero Real—; se confirma el monopolio regio en la creación del derecho y se establece —se intenta establecer— la unificación jurídica de los diferentes reinos, mediante la utilización de los mejores fueros de León y Castilla, prosiguiendo al mismo tiempo, de forma más clara, la renovación jurídica. Esta obra, pensada para todos sus reinos, no logró terminarse, al quedar interrumpida su redacción por el «fecho del Imperio»; a partir de 1256 acomete Alfonso X su tercera obra legislativa, las Partidas, donde confirma la creación del derecho por el monarca y la unificación jurídica, pero procede igualmente a una radical renovación del derecho: el futuro emperador no puede llevar a cabo una obra basada en los fueros de León y Castilla; tiene que basarse ahora en los Santos y en los Sabios, en el derecho canónico y en el derecho romano»⁸.

Dentro de este contexto parece necesario hacer una advertencia previa, pues el silencio sobre determinados trabajos puede ser llamativo. Existen dos razones que nos inducen a no ocuparnos aquí, sistemáticamente, de las aportaciones de García-Gallo. En primer lugar, las objeciones que hemos realizado a sus dos trabajos nos siguen pareciendo válidas; además, no hemos visto contradicho, fundadamente, el diseño que hemos trazado de la tarea legislativa alfonsina. En segundo lugar, el presente trabajo forma parte de un estudio más amplio —del que sería la culminación— dirigido a valorar las distintas aportaciones de

8. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, Rec. en TR 47 (1979) 165-166. Es inútil añadir aquí que detrás de estas páginas están nuestros trabajos dedicados al derecho municipal, derecho señorial y derecho regio, así como a la obra de Alfonso X, a los que podemos reenviarnos ocasionalmente, pero no siempre.

los diferentes historiadores en torno a la obra legislativa alfonsina. Nos ha parecido oportuno desgajar éste que podríamos llamar último capítulo, a fin de no retardar su aparición y facilitar al mismo tiempo la terminación de aquél.

2.—Recientemente, en base a una mención contenida en la obra de Jacobo de las Leyes, «Flores del Derecho», se piensa poder fijar la redacción del Fuero Real en el año 1249, pese a que por vez primera se encuentre testimoniada su concesión el 14 de marzo de 1255 a Aguilar de Campóo⁹. El texto fundamental es Flores del Derecho 1,2,3:

«Pero se avenir non se podieren los duennos de las voces sobre su salario pueden auere la vicesima parte de la demanda, siguiendo que manda la vestra ley».

Mientras los editores de esta obra, Ureña y Bonilla, señalaban que el único texto legal que hacía referencia a dicha cuota era Fuero Real 1,9,1 y 5 —probablemente por no considerar como tal el Espéculo—, ahora se hace referencia a F. Real 1,9,1 y E. 4,9,8, y se concluye «aunque la limitación del salario de los voceros 1/20 del valor del pleito se halla por igual en el *Fuero Real* 1,9,1 y en el *Espéculo* 4,9,8, el tenor literal nos reconduce claramente al *Fuero Real*»¹⁰.

Estaríamos de acuerdo con esta conclusión, más que por la evidencia misma de la prueba, por nuestra convicción sobre la redacción temprana del Fuero Real, si no siguiéramos pensando que las «Flores del Derecho» debieron comenzarse a redactar siendo infante Alfonso X, como parecen indicar ciertos pasajes de la obra, pero fueron terminadas o retocadas muerto ya Fernando III¹¹. Hoy día no nos hace tanta impresión el término bienaventurado, aplicado a Fernando III, pues se puede encontrar aplicado en vida a Alfonso X¹² y al mismo Fernando III¹³, pero el título de rey quizá deba atribuirse a Alfonso X y en

9. Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, *Los comienzos de la Recepción del derecho romano en España y el Fuero Real*, en *Diritto Comune e diritti locali nella storia dell'Europa* (Milano 1980) 259 ss. No deja de ser curioso ver cómo el P. Gonzalo, tras reenviarse al planteamiento de García-Gallo, admite la datación de las «Flores del Derecho» en una fecha anterior a la coronación de Alfonso X.

10. MARTÍNEZ DÍEZ, *Los comienzos* cit. 259.

11. IGLESIA FERREIRÓS, *Las Cortes* cit. 960-961.

12. *MHE* I 114 (27-II-1269) 250.

13. John WALSH, *El Libro de los doze sabios o Tractado de la nobleza*

el prólogo se indica que «se tracta como guardedes uestra dignidad et uestro sennorio, que es dicho en latin officio o iurisdicion»¹⁴, frase que confirmaría que quien recibe el homenaje del autor es ya rey¹⁵.

3.—Esta datación temprana del Fuero Real encuentra, además, serios obstáculos, como consecuencia de nuevas investigaciones. El Fuero Real fue terminado —se ha dicho recientemente— el 25 de agosto de 1255. Esta afirmación se apoya en la existencia de algunos manuscritos del Fuero Real con una nota cronológica. De los 17 mss. examinados, que contienen 18 copias del Fuero Real, once carecen de la misma, frente a seis que la presentan. Puede añadirse, además, que el ms. B 2568 de la Hispanic Society también carece de ella. En estos totales debe hacerse una adición: hay que contar con una datación más, la que aparece en la edición de la RAH, que no se encuentra, al parecer, en el manuscrito que sirvió de base a la misma¹⁶.

Martínez Marina hablaba de una nota cronológica, fechada el 18 de julio de 1255, que acompañaba a varios códices¹⁷. La Academia se inclinaba por la fecha del 30 de agosto de 1255, según «resulta indudablemente de una nota puesta al fin del códice que ha servido de texto» y que «casi todos los códices la insertan también, aunque con la diferencia de señalarse en algunos el día 25 de dicho mes»¹⁸.

y lealtad (ca. 1237). Estudio y edición (Madrid 1975) 71: «Al muy alto e muy noble, poderoso e bienaventurado señor rey don Ferrando de Castilla e de León».

14. *Flores del Derecho* prólogo p. 13. Cf. 1,1,1 e infra p. 46.

15. Cf. otra opinión en Amalio MARICHALAR-Cayetano MANRIQUE, *Historia de la legislación y recitaciones del Derecho civil de España* III (Madrid 1862) 76-77. Vid infra p. 46 n. 189.

16. CRADDOCK, *La cronología* cit. 376 ss.; 418. Sobre el ms B 2568 vid. Antonio GARCÍA Y GARCÍA, *Manuscritos jurídicos medievales de la Hispanic Society of America*, en *REDC* XVIII 43 (mayo-agosto 1963) 549.

17. FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico...*, en *Obras escogidas de Don Francisco Martínez Marina* I. Estudio preliminar y edición de D. José Martínez Cardós, en *BAE* 194 (Madrid 1966) 184 = 7,27.

18. *Opúsculos legales del rey Don Alfonso el Sabio* publicados. . por la RAH I (Madrid 1836) VI. Esta fecha se encontraba ya en Francisco de ESPINOSA, *Sobre las leyes y los fueros de España* (Ed. G. Sánchez) (Barcelona 1927) 43, aunque no parece tomarla en consideración, en las páginas siguientes. Vid infra p. 13. Para salvar esta divergencia en la misma obra, no es de ayuda, por no tener los capítulos correspondientes, el fragmento publicado por Maldonado y Fernández del Torco en *AHDE* 14 (1942-1943) 487-500. Volveremos más ampliamente en el trabajo anunciado

La RAH utilizó doce manuscritos en su edición: «cinco del monasterio de San Lorenzo, dos de la Biblioteca Real, otros dos de la santa Iglesia de Toledo, uno del monasterio de San Millán, otro del excellentísimo señor Duque del Infantado, y el último de la Real Academia Española»¹⁹. Por su parte, Craddock ha utilizado nueve manuscritos del Escorial, entre ellos los cinco empleados por la RAH, los dos de la Biblioteca Capitular de Toledo, utilizados por la RAH, cinco mss. de la Biblioteca Nacional y uno perteneciente a la Biblioteca del Palacio de Perelada. No ha podido examinar, sin embargo, los ms. conservados en las bibliotecas de la Real Academia Española y de la Historia²⁰.

El resultado de este último examen es el siguiente: dos de las notas dan la fecha del 18 de julio de 1255 (Perelada 14.894, Escorial K.II.16), uno la fecha del 24 de junio —según el texto del artículo—, o el 24 de julio —según el aparato crítico— de 1255 (Toledo 43-21); la RAH ofrece la fecha del 30 de agosto de 1255. La fecha del 25 de agosto de 1255 aparece, por lo tanto, en los mss. de la Biblioteca Nacional 5.964 y 10.162 y en el ms. escurialense Z.III.16. Las afirmaciones de Martínez Marina y de la Academia resultaban ya contradictorias, pero esta contradicción resulta más evidente a la vista de estos datos.

La fecha de terminación del Fuero Real debe fijarse el 25 de agosto de 1255, fecha testimoniada en tres manuscritos y contradicha en otros tres, «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... de la misma fecha... y las demás variantes son de escriba, como, por ejemplo, el 30 de agosto del ms. que utilizó la Academia de la Historia, cuyo copista habrá leído mal la cifra romana XXV (trastueques numéricos entre V y X no son raros en los manuscritos)»²¹.

¿Cómo se explica el rechazo de la fecha del 18 de julio de 1255? Dado que la explicación es un tanto complicada, recogemos aquí las palabras de su autor:

«Durante su estancia en Valladolid, Alfonso extiende un importante privilegio, colocando bajo la jurisdicción de Burgos varias villas... y además manda que las dichas villas «se juzguen por el fuero y por le-

19. *Opúsculos* cit. I p. VI.

20. CRADDOCK, *La cronología* cit. 376-377.

21. CRADDOCK, *La cronología* cit. 378-379.

yes de Burgos» (MHE I 68-70). El privilegio lleva la fecha del 18 de julio de 1255; sospecho que por confusión de esta fecha penetró en la tradición textual del explicit 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"»²².

Por estas razones, pese a que tanto el día 18 de julio como el 25 de agosto caen durante la estancia de Alfonso X en Valladolid, se ha preferido el 25 de agosto de 1255.

4.—Si prescindimos de la fecha del 30 de agosto de 1255 —la existencia de una errata parece explicable—, es probable que el 24 de junio/julio de 1255 sea mera errata, si presuponemos que dicha nota cronológica alude a la terminación del Fuero Real. Si abandonamos esa presunción, las cosas pueden ser contempladas desde otro ángulo y puede subrayarse que tal confusión tendría que ser doble, ya que habría confusión en el día y en el mes. Es cierto que sin acudir al manuscrito es difícil decidirse por el mes de junio o de julio. Y esta confusión no la resuelve el P. Burriel, quien aludió en su famosa carta a Amaya a dos manuscritos de la catedral de Toledo —caxon 26 n. 16 y 17—²³.

Estos dos manuscritos coinciden con los dos que actualmente llevan las signaturas 43-21 y 43-22, ambos, al parecer, del siglo XIV²⁴, siendo el antiguo 26-16, actual 43-21, el que aparece fechado, si bien es el ms. 43-22 el que ofrece el siguiente encabezamiento: «Este es el libro del ffuero que dio el Rey don Alfonso a la Villa de Valladolid».

El P. Burriel publica la mencionada nota bibliográfica, fechada el 24 de julio de 1255²⁵, pero al volver a mencionar la terminación del Fuero Real y su concesión a Valladolid coloca ambos hechos el 24 de junio²⁶.

22. CRADDOCK, *La cronología* cit. 379.

23. Andrés Marcos BURRIEL, *Carta del Padre Burriel a don Juan de Amaya*, en *Semanario Erudito* 16 p. 37-38. Carece de portada la edición que manejamos. La carta está fechada el 30-IX-1751.

24. Antonio GARCÍA Y GARCÍA-Ramón GONZÁLVIZ, *Catálogo de los manuscritos jurídicos medievales de la Catedral de Toledo* (Roma-Madrid 1970) 173-174.

25. BURRIEL, *Carta* cit. 38.

26. BURRIEL, *Carta* cit. 95. El editor del «Semanario Erudito» había publicado por vez primera la carta a Amaya, de forma fragmentaria y defectuosa en el vol. 2, edición que no hemos podido ver. Fuera ya del «Semanario erudito», Valladares volvió a publicarla con otras cartas, en *Cartas eruditas y críticas*, del

¿Habrá una errata de imprenta? Llamas y Molina, invocando la autoridad del P. Burriel, y precisamente las páginas en las que publica la citada nota cronológica, coloca la terminación del Fuero Real en Valladolid, el 24 de junio de 1255²⁷. No es decisivo este hecho, pues no sabemos la edición manejada por Llamas y tampoco conocemos la nuestra²⁸.

La fecha de 24 de junio de 1255 vuelve a reaparecer, sin indicarse de dónde se toma, en Reguera Valdelomar²⁹ y en Sangrador³⁰.

P. Andrés Marcos Burriel, de la extinguida compañía de Jesús, en la Imprenta de don Blas Román, sin indicar el lugar —¿Madrid?— y el año. El ejemplar que manejamos es defectuoso —carece de las pp. 33-40, pero coincide plenamente con la edición del *Semanario Erudito* 16, incluso en sus erratas de paginación. Tenemos fotocopia de esas páginas que faltan de otra edición, también sin lugar y año, hecha en la imprenta de la viuda e hijo de Marin, coincidente por lo demás con las anteriores, y en p 38 dice «veinte é quatro dias andados del mes de Julio» En favor del mes de julio hablaría lo que dice BURRIEL, *Carta* cit. 95 «En esta era 1293, y año quarto se acabó en Valladolid el Fuero Real y se dió por Fuero á aquella villa á 24 de junio, no cumplidos aun dos meses de dicho año quarto del reinado de don Alonso, y en la misma era 1293, y año quarto se dió por Fuero a la ciudad de Burgos, y su tierra en lugar del Fuero de Hijosdalgo», pero este año cuarto comienza el 1 de junio de 1255. Dado que la fecha de este ms. está escrita en números romanos —xxiiij iulio— (CRADDOCK, *La cronología* cit. 378 n. 27), parece difícil admitir una confusión, pues es el único manuscrito que utiliza números romanos. Para Craddock sería mera errata de 18 de julio, pero hay que admitir muchas erratas, pues si el modelo que copiaba tenía también la fecha en números romanos —XVIII— debe pensarse en una confusión de «V» por «X» y en la adición de una «I». No vamos a negar la existencia de erratas, incluso de erratas completamente inexplicables. Sin embargo, no hay ningún dato que obligue a afirmar que esta nota cronológica aluda a la terminación del Fuero Real y no a la terminación de una copia. Como por las razones que expondremos es esta última la posibilidad más adecuada, podemos así renunciar a entrar en el mundo de las erratas.

27 Sancho de LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico-jurídico-literario general a las ochenta y tres leyes de Toro*² (Madrid 1852. Reimp. fotom. Barcelona 1974) 4

28. Vid. supra n. 25.

29. Juan de la REGUERA VALDELOMAR, *Extracto de las leyes del fuero Real con las del Estilo repartidas segun sus materias en los libros y títulos del Fuero a que corresponde* (Madrid 1798) prólogo.

30 Matías SANGRADOR VITORES, *Historia de la Muy noble y Leal Ciudad de Valladolid desde su más remota antigüedad hasta la muerte de Fernando VII*, I 1 (Valladolid 1851) 96-97. Vid. infra p. 41.

Si los datos aportados pueden hacer pensar en el 24 de junio, hay, sin embargo, sólo un medio para salir de las dudas: consultar el ms. de Toledo. Pero hay dos razones que nos llevan a considerar superfluo este remedio: sea que se feche en junio, sea que se feche en julio, hay que salvar siempre una errata del escriba; además, la fecha exacta tiene interés especial para quienes piensan que tal nota cronológica hace referencia a la terminación del Fuero Real. Con otras palabras, si rechazamos que esta nota cronológica aluda a la terminación del Fuero Real, tiene ya menos interés el saber cuándo fue terminada la copia indicada. Que haya existido o no una errata, ante los datos existentes, es un problema de fe, que ahorra toda discusión inútil.

5.—Queda todavía la fecha del 18 de julio de 1255, resultado de una confusión —se dice— en la nota cronológica mencionada. La vinculación del Fuero Real a este año de 1255 aparece también en otros testimonios posteriores: Cortes de Zamora de 1274, prólogo del Fuero Viejo y Fuero de Briviesca (16-I-1313)³¹, a los que puede añadirse una nota que acompaña a uno de los manuscritos de las Leyes Nuevas. He aquí la nota cronológica de las Cortes de Zamora:

«E este ordenamiento 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 Valladolid 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»³².

A partir de esta nota, se afirma que su redactor utilizó la que acompaña a algunos manuscritos del Fuero Real, confundiendo la fecha de terminación de éste con la de su concesión a Burgos³³.

Ahora bien, si «el explicit del *Fuero Real* no constituye un documento de concesión a ninguna ciudad»³⁴, en las Cortes de Zamora de

31. CRADDOCK, *La cronología* cit. 379-381.

32 Utilizamos la transcripción de CRADDOCK, *La cronología* cit. 380.

33. CRADDOCK, *La cronología* cit. 380.

34 CRADDOCK, *La cronología* cit. 384.

1274 no se habla para nada de una terminación del Fuero Real, sino de una concesión del mismo a Burgos.

¿Copió el redactor de esta nota cronológica del Ordenamiento de Zamora la nota cronológica que acompaña a algunos manuscritos del Fuero Real? Si aceptamos que Burgos recibió el Fuero Real en 1256 y que el escriba del Ordenamiento de Cortes de Zamora incurrió en el error ya conocido, la respuesta sería afirmativa. Si, por el contrario, admitimos que Burgos recibió en 1255³⁵ el Fuero Real, parece más lógico pensar que estaba copiando el documento de concesión del Fuero Real a Burgos. En todo caso, no es vinculante pensar en la necesidad de acudir a la mencionada nota cronológica de los mss. del Fuero Real, si se acepta una errata en la fecha, pues iguales resultados se alcanzarían acudiendo a uno de los documentos de concesión del Fuero Real³⁶.

Por ello mismo, quizá, cobren mayor relieve algunas divergencias en la redacción de la nota cronológica de las Cortes de Zamora: la ausencia de la alusión a la condición de hijo del rey de Inglaterra, de aquí la corrección «primogénito»; la falta de la indicación del año del reinado de Alfonso X, que no aparece en todas las notas cronológicas; y la cancelación de la aclaración «que es cabeça de Castilla», aclaración que se encuentra en la concesión a Burgos hecha en 1256³⁷.

Podíamos argumentar así, que el redactor del manuscrito de las Cortes de Zamora no estaba utilizando la nota cronológica que acompaña ocasionalmente al Fuero Real, sino simplemente el documento de concesión del Fuero Real a Burgos, en fecha de 25 de agosto de 1255, sin tener que recurrir a ninguna confusión del copista, confusión difícilmente aceptable, además, si se admite que el redactor del Fuero de Briviesca ha repetido la nota cronológica mencionada y «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»³⁸.

«Este es el libro del fuero que el Rey don alfonso dio a la noble çibdat de Burgos. Et fue acabado en Valladolid por mandado del Rey diez e ocho dias andados del mes de julio En la era de mill

35. Vid. *infra* p. 38 ss.

36. Cf. p. ej. MUÑOZ 319.

37. *MHE* I 45 (27-VII-1256) 97.

38. CRADDOCK, *La cronología* cit. 381.

e cc e novaenta e tres annos en el anno que don Edoart fijo primero e heredero del Rey Enrique de yngla terra Recibio caualleria en burgos de don alffonso el Rey sobredicho en el anno quarto que el Regno»³⁹.

El Fuero Real —se viene a decir— se dio a la ciudad de Burgos, pero fue terminado en Valladolid el día 18 del mes de julio; no habría así inconveniente alguno para poderlo conceder a Burgos el día 25 de agosto. Si admitimos la fecha del 25 de agosto, como fecha de terminación del Fuero Real, no queda más remedio que aceptar que el redactor del Fuero de Briviesca utilizó un manuscrito del Fuero Real, donde existía ya una equivocación en la fecha de la terminación de la obra, pero tenemos además que aceptar que el redactor de las Cortes de Zamora de 1274 también se equivocó —o utilizó un manuscrito ya equivocado—, confundiendo la fecha de terminación del Fuero Real y la fecha de su concesión a Burgos. Nos parecen demasiadas equivocaciones si, además, el redactor del Fuero de Briviesca, que sabe distinguir —se dice— entre la fecha de terminación del Fuero Real y la fecha de concesión del mismo a Burgos, coloca aquélla en el 18 de julio de 1255, fecha que —se ha señalado— es el resultado de confundir la data de la concesión de un privilegio a Burgos con la fecha de terminación del Fuero Real.

Todas estas equivocaciones desaparecerían si se acepta, como veremos, que dichas fechas diferentes aluden al momento de terminación de las respectivas copias, no a la terminación del Fuero Real. Recordemos ahora el prólogo del Fuero Viejo, procedente de la segunda mitad del siglo XIV.

«judgaron por este fuero segund que es escrito en este libro; e por estas façañas fasta que el Rey Don Alfonso su bisnieta fijo del muy noble Rey Don Ferrando, que ganò a Sevilla, diò el fuero del libro a los Conceios de Castiella, que fue dado en el año que don Aduarte fijo primero del Rey Enrique de Inglaterra resciviò caualleria en Burgos del sobredicho Rey Don Alfonso, que fue en la era mil e doscientos e noventa e tres años, e judgaron por este libro fasta el Sant Martin de Noviembre, que fue en la era de mil e trescientos e diez años. E en este tiempo deste Sant Martin los Ricos omes de la tierra e los Fijosdalgo pidieron merced al dicho Rey don Alfonso.

39. Utilizamos la transcripción de CRADDOCK, *La cronología* cit 381. En la ed. de Sanz García puede verse en p. 397-399.

que diese a Castiella los fueros que ovieron en tiempo del Rey Don Alfonso su bisavuelo; e del Rey Don Ferrando suo padre, porquellos e suos vasallos fuesen juzgados por el fuero de ante ansi como solien: e el rey otorgogelo, e mandò a los de Burgos, que juzgasen por el fuero viejo, ansi como solien»⁴⁰.

«El año que don Odoarte rescibió caualleria» se extiende más o menos desde el 1 de noviembre de 1254 al 1 de noviembre de 1255, pues pasado ya el año se sigue fechando, ocasionalmente, por tal acontecimiento. Este plazo puede y debe ser limitado por la era que se menciona y que determina que la aparición del Fuero Real debe colocarse en los primeros diez meses de 1255.

Esta misma conclusión se obtiene del colofón que acompaña a uno de los mss. de las Leyes Nuevas, «que es el primer intento conocido de hacer la historia de nuestra colección», según su editor:

«Estas declaraciones a las leyes del fuero castellano fueron fechas por el sobredicho rey don alfonso dezimo en diversos años, respondiendo a las dudas que ocurrían e aunque algunas dellas tienen data de la era de cesar de mill e trezientos e diez e siete años, que son veinte e quatro años despues de fecho dicho fuero: mas porque otras y las mas de ellas no se sabe del año, no se les puso data, mas de quanto es cierto que todos se hicieron después del dicho fuero»⁴¹.

Se coloca así una de estas aclaraciones en el año 1279 que, sustraídos los 24 años pasados, nos colocan en 1255. En esta fecha se hizo el Fuero Real, al que califica de Fuero castellano. Sin embargo, en esa denominación de fuero castellano no hay alusión alguna, salvo indirecta, a su ámbito de vigencia. Volveremos sobre ello.

Aparentemente, la identidad entre estas noticias y las ofrecidas por la nota cronológica es total, pero existe una importante diferencia. Al colocar la edición crítica de la nota cronológica en la datación el

40. Utilizamos la edición de Asso-De Manuel. Puede verse una transcripción parcial en CRADDOCK, *La cronología* cit. 380-381

41. Fray José LÓPEZ ORTIZ, *La colección conocida con el título «Leyes Nuevas» y atribuida a Alfonso X el Sabio* (Madrid 1945) 70 n. 78. (Utilizamos la ed. especial del AHDE 16). Este ms. esc. Z.II.6 es del s. XVI, según la RAH, en su edición de las Cortes de Zamora —CARLYC I p. 87 n. 1—. La razón de nuestra equiparación de esta nota con la ofrecida por las mencionadas Cortes, puede verse en CRADDOCK, *La cronología* cit. 380.

año cuarto del reinado de Alfonso X, la nota cronológica, así redactada, obliga a pensar en una terminación del Fuero Real posterior al 1 de junio de 1255; las otras fuentes —salvo el Fuero de Briviesca— permiten fijar la terminación del Fuero Real en cualquier momento de 1255.

6.—Si no se admite la existencia de erratas en las notas cronológicas mencionadas, su variedad podría llevar consigo la valoración de una afirmación hecha desde antiguo. Las notas cronológicas que acompañan a diferentes manuscritos del Fuero Real no obligan a concluir que el Fuero Real fuese terminado en la fecha allí indicada, pues es posible que la fecha aluda, como señalaba Martínez Marina, a la terminación de la copia correspondiente⁴². Es esta una interpretación antigua, que quizá fue planteada por vez primera para salvar la fecha atribuida por la crónica de Alfonso X a la promulgación del Fuero Real: 1260⁴³.

Así, Espinosa, si bien en el extracto indica de forma un tanto incidental la fecha del 25 de agosto como día de terminación del Fuero Real⁴⁴, reprocha a Montalvo⁴⁵ haber atribuido al año 1255 la termi-

42. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo cit.* 185 = 7,27. Independientemente de que se conserven estas fechas en mss. posteriores.

43. Vid *Infra* n. 240.

44. ESPINOSA, *Sobre cit* 43.

45. Gl. o por los dichos fueros, a O.Alcalá 28,1: «licet hic dicat prius debere servari foros quam partitarum leges tamen ad veritatem prius fuerunt facti fori predicti quam leges partitarum, quia forus legum qui novissimus enim est factus et completus per unum anum ante quam partite inciperent fieri, nam forus factus est in era domini millesimo cc. xc. iiii. vt ex eius data aparet, tamen partite inceperunt fieri per eundem regem alfonssum qui fecit forum legum era domini millesimo ccc iiii. et sic duravit eorum opus fiendum per decem anos ut aparet ex rubro prologi earum, qui ponitur in prima parte in prin.» (Hemos tomado esta glosa de un microfilm de BN. Inc. 2535). De aquí se deducen dos cosas: que Montalvo debió conocer algún ms. del Fuero Real, con la nota cronológica, pese a que en su edición, al menos en la de Burgos, que hemos utilizado en las microfichas del Ministerio, no aparece esta nota; en segundo lugar, que conoce un ms. de las Partidas, que contiene el epígrafe que data la realización de las mismas entre 1256 y 1265, mientras en su edición se establece este plazo en siete años (Utilizamos fotocopia de la portada y primeros títulos de la 1.ª Partida de una edición que identificamos con la de Joan de Brocar, Alcalá de Henares 1542, gracias a Faustino GIL AYUSO, *Noticia bibliográfica de textos y disposiciones legales de los reinos de Castilla impresos en los siglos XVI y*

nación del Fuero Real, señalando fecha distinta a la indicada por la crónica alfonsina, máxime cuando en los manuscritos del Fuero Real no aparece data alguna y, si apareciese, debería ser atribuida a la terminación de la copia, no del fuero⁴⁶.

Pueden verse muchos testimonios de estas notas cronológicas, referidas a la terminación de las copias, en los diferentes códices utilizados por la RAH para su edición de las Partidas. Debe destacarse, en este sentido, que de los siete testimonios de la nota cronológica que acompaña al Fuero Real, en cinco de ellos falta el nombre de Millán Pérez de Ayllón; este nombre aparece únicamente en dos mss. —con la indicación de haberse escrito en el cuarto año del reinado de Alfonso X—: el escurialense Z.III.16 y el escurialense K.II.16, el primero fechado el 25 de agosto y el segundo el 18 de julio. Esta omisión no debe ser casual, si también en otros dos mss. —Toledo 43-21 y Perelada 14984— aparece la mención de haberse escrito en el cuarto año del reinado de Alfonso X⁴⁷.

Esta última mención obliga necesariamente a fechar el Fuero Real después del primero de junio de 1255, cuando comienza el cuarto año de su reinado, si el escriba utiliza la forma habitual de contar los años del monarca. Pero esta precisión no existe en los testimonios aportados por las otras fuentes medievales señaladas que, con la excepción del Fuero de Briviesca, fijan la redacción del Fuero Real en el año en que el infante inglés recibió caballería, limitándose el año por la mención de la era.

Si se admite que el Fuero Real se terminó en el cuarto año del reinado de Alfonso X, que la nota cronológica hace referencia a esa terminación y que «fecho» quiere decir lo mismo que «terminado», «acabado», «proclamado», «promulgado» —aunque no siempre con la misma seguridad—⁴⁸, no queda más remedio que indicar de entre

XVII (Madrid 1935) 24 n. 98). Cf. sin embargo Antonio PÉREZ MARTÍN, *Las glosas de Arias de Balboa al Ordenamiento de Alcalá*, en *Festg Coing* (Frankfurt am Main 1982) 250 ss.

46. ESPINOSA, *Sobre cit* 43-44. Cf. José Antonio ESCUDERO, *Francisco de Espinosa: observaciones sobre las leyes de España*, en *Historia del Derecho: Historiografía y problemas* (= en *AHDE* 41 (1971) 33-55) (Madrid 1973) 142, y para el título de la obra.

47. Vid. para estos datos CRADDOCK, *La cronología cit.* 378. La cita de MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo cit.* 185 = 7,27, parece proceder de Esc. K.II.16.

48. CRADDOCK, *La cronología cit.* 371, 373 n. 18. Cf. 375.

las fechas aportadas por la tradición textual una de ellas, para determinar esa promulgación del Fuero Real: 25 de agosto de 1255, lo que obliga necesariamente a reconocer que, si esta nota cronológica tantas veces mencionada es auténtica «y no hay motivos serios para dudarlo, ¿por qué no consta en las dos terceras partes de los manuscritos existentes?»; a esta pregunta no pueda darse una respuesta convincente⁴⁹. Pregunta ociosa, si admitimos que estamos ante una nota cronológica alusiva a la terminación de una copia.

7. Establecer la terminación del Fuero Real el 25 de agosto de 1255 lleva consigo necesariamente una nueva conclusión: antes de esa fecha no es posible admitir una concesión del Fuero Real:

«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 mes. En el primer caso se dejó guiar por el explicit de las Cortes de Zamora de 1274 que confunde lo que está bien expresado en el explicit 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 explicit del *Fuero Real*, sin más motivo que el figurar la tal variante en la edición académica del texto. El explicit 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"?»⁵⁰.

Si la nota cronológica no constituye un documento de concesión del Fuero Real, tampoco parece que pueda dársele mayor valor a la afirmación alfonsina de que las ciudades que recibían el Fuero Real «non avien fuero cumplido», pues estamos ante una cláusula de estilo, contenida además en el prólogo del Fuero Real, aunque de forma más radical todavía —«non avie fuero»—, que no se veía necesario modificar. Además, si se vuelve a conceder el Fuero Real a Burgos y Valladolid —se trata de una simple hipótesis— debe admitirse que esta segunda concesión se lleva a cabo por no haber sido plenamente satisfactoria la primera; pero, siendo esto así, no cabe la menor duda de que puede mantenerse la afirmación de que «non avien fuero com-

49. CRADDOCK, *La cronología* cit. 385.

50. CRADDOCK, *La cronología* cit. 384.

plido», pues el único que reunía tales características para Alfonso X era precisamente el Fuero Real⁵¹, mientras para quienes recibían de nuevo el Fuero Real con determinados privilegios, era el Fuero Real el que no era fuero «complido»⁵², si tenía que ser perfeccionado con los nuevos privilegios. La visión de la situación jurídica que traza Alfonso X en su prólogo del Fuero Real es, en todo caso, una visión muy personal, que, indudablemente, no refleja fielmente la situación castellana. Además, una primera concesión del Fuero Real, no excluye una posterior concesión a la misma ciudad.

El 21 de julio de 1256 los habitantes de Cuéllar reciben el Fuero Real, ya que la villa de Cuéllar «non avie fuero complido porque se iudgassen assi cuemo devien»⁵³, pero lo volverán a recibir de nuevo el 29 de abril de 1264: el monarca recibe la petición de los de Cuéllar, de que suprima algunos agravios y les conceda nuevas mercedes, por lo que «por fazerles mas bien e mas merced, otorgamoles los nuestros privilegios e el libro del fuero que les diemos»⁵⁴, si bien en esta segunda concesión no se habla de la falta de «fuero complido».

La concesión de un fuero en un momento determinado no excluye, lo acabamos de ver y lo veremos de nuevo, que pueda ser concedido de nuevo y las afirmaciones de un monarca en sus documentos no deben considerarse fiel reflejo de la realidad⁵⁵. El P. Burriel había señalado ya, comentando el prólogo del Fuero Real, «que el no tener

51. Esta no era sólo la opinión de Alfonso X. También la nobleza —secular o clerical— podía valorar de esa forma el Fuero Real, si lograban aplicarlo en su favor. Cf. la manifestación del obispo de Badajoz, al conceder F. Real a los pobladores de Campomayor, subrogándose en la posición del monarca: «E este libro quien bien lo catar fallará en el cumplimiento de lo que a mester, que es como fuente perenal en comparación de todos los otros que fueron e que son en Spagna; e es partido en quatro partes» (*MHE* I 114 (27-II-1269) 251). Vid. infra p. 28-29 para esta subrogación. Cf. el silencio en torno al *Espéculo* y las *Partidas*.

52. Así Alfonso X, que había concedido el F. Real en 1261 a Escalona, tiene que defenderlo ante los pobladores de dicha villa: «Et otrosi, para la justicia di vos fuero aquel mas cierto e mas derecho que yo pud haver, e si mejor pudiere, mejor vos dare» (*MHE* I 115 (6-III-1269) 253).

53. UBIETO, *Cuéllar* 16 (21-VII-1256) 42-47.

54. UBIETO, *Cuéllar* 21 (29-IV-1264) 60-66.

55. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Derecho municipal, derecho señorial, Derecho regio*, en *HID* 4 (1974) 130, 134 s.

las Ciudades y Villas fuero no se ha de entender con todo rigor, sino solo que muchas a lo menos no tenían Fuero Cumplido. Véase esto en la villa de Alarcón»⁵⁶.

El ejemplo quizá no sea el más afortunado, por las dudas existentes en torno a la concesión de un fuero a Alarcón. Prescindamos por el momento de si Alarcón tenía ya o no un fuero extenso y fijémonos en algo subrayado por Marichalar y Manrique⁵⁷. Para acabar con las disputas entre mozárabes y castellanos. Alfonso X extendió a éstos, el 27 de abril de 1254, el Fuero Juzgo de los mozárabes⁵⁸. Probablemente se trata de una concesión limitada a lo que hoy llamaríamos campo penal⁵⁹. En todo caso, tres años más tarde, a petición de los castellanos, Alfonso X les concede el Fuero Real, con la argumentación habitual, aunque modificada para el caso.

«vinieron caballeros de los castellanos de Talavera, et omes bonos de los pueblos, et fizieron nos entender como non abien fuero escrito nin cierto porque se juzgasen, et por esto que les vienen muchos dannos, et muchos embargos, et que non se cumple la justicia assi como devie, et que nos pidien merced que les diessemos fuero escrito».

El monarca les concede el Fuero Real para que:

«todos los castellanos de Talavera, caballeros et otros omes assi de la villa como de las aldeas, que se judguen por este fuero en todos sus pleytos, también de justicia, como de las otras cosas»⁶⁰.

Y dicho sea de paso y sin darle mayor importancia, esta extensión del Fuero Juzgo a los castellanos en 1254 podría quizá mostrar que todavía no había sido terminado, en dicha fecha, el Fuero Real.

Estos datos pueden inducir a no darle demasiado valor a determinadas afirmaciones regias. ¿No hemos visto, además, hace un momento, cómo se subrayaba que Alfonso X concedía el 27 de julio de 1256 el Fuero Real a Burgos, con la fórmula habitual, pese a que ya tenía «buenos fueros»?⁶¹.

56. BURRIEL, *Carta* cit. 91.

57. MARICHALAR-MANRIQUE, *Historia* cit III 46-47.

58. *MHE* I 20 (27-IV-1254) 38.

59. No es el momento de dilucidar aquí esta cuestión. Cf. el texto que se citará a continuación.

60. *MHE* I 59 (18-X-1257) 124-125.

61. Vid supra p. 7.

8. Antes de examinar la política legislativa alfonsina, vamos a recoger aquellas concesiones del Fuero Real que aparecen mejor testimoniadas, prescindiendo así de las mencionadas por diversos autores antiguos, de discutible identificación, y de la concesión a diversas aldeas, como consecuencia de la incorporación de las mismas a una villa o ciudad aforada a Fuero Real ⁶².

Se conservan —y en su mayoría han sido publicados— los documentos de concesión del Fuero Real a las siguientes villas y ciudades: el 14 de marzo de 1255 a Aguilar de Campóo ⁶³; el 25 de abril de 1255 a Sahagún ⁶⁴; el 18 de julio de 1256 a Palencia ⁶⁵; el 19 de julio de 1256 a Peñafiel ⁶⁶; el 19 de julio de 1256 a Soria ⁶⁷; el 21 de julio de 1256 a Cuéllar ⁶⁸; el 22 de julio de 1256 a Atienza ⁶⁹; el 23 de julio de 1256 a Buitrago ⁷⁰; el 26 de julio de 1256 a Alarcón ⁷¹; el 27 de julio de 1256 a Burgos ⁷²; el 27 de julio de 1256 a Trujillo ⁷³; el 30 de octubre de 1256 a Avila ⁷⁴; el 1 de agosto de 1257 a Plasencia ⁷⁵; el

62. Vid. MARICHALAR-MANRIQUE, *Historia* cit. III 17, que recoge la lista de concesiones que aparecen testimoniadas, lista que repite José María ANTEQUERA, *Historia de la legislación española desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*, nuevamente escrita por... (Madrid 1874) 239-240. Vid. recientemente GARCÍA-GALLO, *Nuevas* cit. 621 ss. Téngase en cuenta que no mencionaremos tampoco las confirmaciones.

63. MHE I 27 (14-III-1255) 57-62.

64. MUÑOZ 313-320 Vid. p. 319.

65. Carmen CAAMAÑO, *El Fuero romanceado de Palencia*, en *AHDE* 11 (1934) 509 y 520. Cf. BALLESTEROS, *El Fuero* cit. (vid. n. 69) 265.

66. MHE I 43 (19-VII-1256) 89-93.

67. LOPERRAEZ, *Osma* III 61 (19-VII-1256) 182-185.

68. UBIETO, *Cuéllar* 16 (21-VII-1256) 42-47.

69. Antonio BALLESTEROS, *El Fuero de Atienza*, en *BRAH* 68 (1916) 264-270. Cf. GARCÍA, *La Alcarria* cit. (n. 81) 67.

70. MHE I 44 (23-VII-1256) 93-97.

71. BURRIEL, *Carta* cit. 91. Vid. ap. I. MARTÍNEZ DÍFZ, *Los comienzos* cit. 260, menciona una concesión a Alcaraz, pero sin datos. Cf. ROUDIL, *Los fueros* cit. (infra n. 148) 8.

72. MHE I 45 (27-VII-1256) 97-100.

73. Gabriel LLABRES, *El Fuero de Trujillo*, en *Revista de Extremadura* (noviembre 1901) 489-497.

74. ARIZ (Tercera parte de) *las grandezas de Aula &* 9 fol. 18 Hemos utilizado una fotocopia de esta tercera parte, por lo que no podemos dar más datos sobre la obra. La reproducción de la concesión es parcial, pero la fórmula de concesión es semejante a las anteriores y el documento aparece fechado el 30

18 de octubre de 1257 a los castellanos de Talavera⁷⁶; el 5 de marzo de 1261 a Escalona⁷⁷; el 18 de junio de 1261 a Béjar⁷⁸; el 22 de marzo de 1262 a Madrid⁷⁹; el 20 de abril de 1262 a Tordesillas⁸⁰; el 25 de agosto de 1262 a Guadalajara⁸¹; el 28 de febrero de 1263 a

de octubre. Puede verse también el trabajo de Llabres (supra n.º 77), donde reproduce de Enrique BALLESTEROS, *Estudio histórico de Avila y su territorio* (Avila 1896) Apéndice I p. 351, un privilegio rodado, otorgado por Juan I, confirmando el Fuero Real y franquicias concedidas por Alfonso X a los vecinos de Avila, el 30 de octubre de 1256. Esta reproducción no incluye, sin embargo, la fórmula de concesión, que se encuentra en Ariz. Llabres, que reproduce la copia de D. Pedro De Ulloa y Golfín del Fuero de Trujillo, dice —vid. l. c. p. 490— «por cierto que las circunstancias de expedirse privilegios idénticos a las ciudades de Soria, Trujillo e Hita en el mismo mes de Julio, y a Avila en 3 de octubre del mismo año y desde Setovia». En el Catálogo de Fueros no aparece reseñada Hita.

75. *Colección de fueros y cartas-pueblas de España* por la RAH. Catálogo (Madrid 1852) 186: «El Rey D. Alfonso X otorgó a esta villa el Fuero Real y varias franquezas á sus caballeros. Este documento está dado en Sevilla á 1.º de Agosto de 1262. Hállase copia en la biblioteca de Salazar, tomo ms. señalado L 10, fol. 139». José BENAVIDES CHECA, *El Fuero de Plasencia* (Roma 1896) 171: «En el Catálogo de los Fueros publicado por la R. A. de la Historia (1852) p. 185, dice que D. Alfonso X otorgó á Plasencia el Fuero Real (1 Agosto 1262); nuestro docto amigo el Sr. Berjano también lo afirma; pero no hay documento que lo justifique, o al menos no se conoce en Plasencia». La opinión de Berjano se encuentra en el prólogo de esta edición p. 12.

76. *MHE* I 59 (18-X-1257) 124-127.

77. *MHE* I 83 (5-III-1261) 175-180

78. Antonio MARTÍN LÁZARO, *Colección diplomática municipal de la ciudad de Béjar*, en *RCJS* 4 (1921) 4 (18-VI-1261) 295-299.

79. Timoteo DOMINGO PALACIO, *Documentos del Archivo General de la Villa de Madrid* I (Madrid 1888) 85-91.

80. Jonás CASTRO TOLEDO, *Colección Diplomática de Tordesillas* (Valladolid 1981) 41 (20-IV-1262) 29-31. Cf confirmación en 80 (12-XII-1351) 67.

81. Juan-Catalina GARCÍA (LÓPEZ), *La Alcarria en los dos primeros siglos de su reconquista* (Guadalajara 1973. Reimp. del discurso de ingreso en la RAH. 27-V-1894) 67-68. Hablando de las concesiones a Atienza, Guadalajara y Almoguera afirma en p. 68 n. 128: «Existen estos documentos, todos iguales (como el de Soria, que publicó Loperráez, y otros varios, insertos en la colección diplomática de Alfonso X en el Memorial Histórico), en los respectivos archivos de Atienza, Guadalajara y Almoguera de los que saqué copias que poseo». Esta concesión a Atienza fue publicada ya por Ballesteros, que la transcribió del pergamino original, que estaba en poder de particulares. A los datos de GARCÍA,

Niebla⁸²; en agosto de 1263 a Almoguera⁸³; el 6 de febrero de 1264 a Requena⁸⁴, y el 19 de agosto de 1265 a Valladolid⁸⁵.

Más dudosa es la concesión a Cervatos, que se deduce por los autores antiguos de la concesión a Aguilar de Campóo; más segura, aunque de fecha indeterminada, es la concesión del Fuero Real a Segovia, ya que la misma fue confirmada por Sancho IV el 22 de mayo de 1293⁸⁶.

Si bien no se conservan los documentos de concesión, se conservan los textos del Fuero Real dados a Carrión, Santo Domingo de la Calzada y Arévalo⁸⁷. Sobre las posibles concesiones del Fuero Real a Burgos y Valladolid en 1255 volveremos dentro de poco.

Un lugar especial debe reservarse a la concesión del Fuero Real a los pobladores de Campomayor por el obispo de Badajoz en 1269⁸⁸.

Indudablemente, no fueron éstas las únicas concesiones del Fuero Real realizadas por Alfonso X; veremos a continuación cómo su política legislativa en este campo ofrece demasiadas sombras, derivadas en último término de la época en que le tocó vivir y de la profunda renovación que intentó imponer.

parece remitirse Keniston, en su edición del Fuero de Guadalajara (1219), p. XVII n. 3.

82. *MHE* I 91 (28-II-1263) 202-204.

83. GARCÍA (LÓPEZ), *La Alcarria* cit. 58. Vid. supra n. 81.

84. *Catálogo* cit. 198: «El mismo Rey otorgó privilegio, en que da a Requena el Fuero Real y varias franquezas a sus caballeros: su fecha en Sevilla á 6 de febrero de 1264. Copia ms. en esta Academia en el tomo señalado E 156 fol. 154». Para la concesión a Extremadura vid. infra p. 22.

85. *MHE* I 102 (19-VIII-1265) 224-228.

86. Diego de COLMENARES, *Historia de la insigne ciudad de Segovia y compendio de las Historias de Castilla*. Nueva edición anotada. I (Segovia 1969) 437 = Cap. XXIII 8: «E porque los homes del Concejo de Segovia, é de sus publos nos pidieron merced que les diesemos el fuero de las leyes que auien con Alcaldes, e justicia de hi de la villa, por les facer bien, e merced otorgamos gelo». También se debió conceder a Miranda, si «el 26 de septiembre de 1272, el mismo Rey Sabio, "entendiendo que el Conçejo de Miranda se agrauiauan por el fuero del Libro", que él les diera», les concede el antiguo fuero —Francisco CANTERA, *Fuero de Miranda de Ebro* (Madrid 1945) 151—. No hemos podido lograr la edición de este documento, hecha por Cantera.

87. CRADDOCK, *La cronología* cit. 385. MARTÍNEZ DÍEZ, *Los comienzos* cit. 260, afirma que en 1255 recibieron el Fuero Real Santo Domingo de la Calzada y Carrión de los Condes, sin aportar testimonio alguno de ello.

88. *MHE* I 114 (27-II-1269) 250-252.

Una primera consideración salta a la vista: el grueso de las concesiones, tras la tímida aparición del año 1255, debemos colocarlo en el año 1256; a partir de esa fecha las concesiones se hacen más esporádicas, sin por ello desaparecer.

Una segunda consideración que puede hacerse se refiere al alcance de estas concesiones: o se da el Fuero Real —aparentemente, como veremos— como fuero supletorio —tal parece el caso de Sahagún o Palencia— o se da como fuero primario⁸⁹.

Y, finalmente, una tercera consideración: todas estas concesiones van acompañadas de una serie de franquicias, que suelen ser comunes a todas las concesiones realizadas durante un determinado período. Podríamos así decir que la concesión realizada a Valladolid resume y engloba los dos tipos de franquicias concedidos; el primero de ellos se inicia en la concesión a Peñafiel, donde surge un formulario de concesión, y concluye con la concesión a Trujillo; el segundo, arranca de la concesión a Escalona, con un antecedente muy probable en la concesión a Avila, y concluye probablemente con la concesión a Almoguera; en todo caso, Tordesillas recibe una concesión con estos privilegios, mientras Niebla supone un supuesto especial⁹⁰. Hay que destacar un hecho: en estas concesiones el monarca nunca renuncia a nombrar los alcaldes —y demás oficiales concejiles— ni a sus «caloñas» dentro de estos formularios de franquicias. Pero estos dos puntos son reclamados por los municipios; de aquí que toda concesión regia parece realizarse presionada por las circunstancias⁹¹.

Esta simple constatación nos permite ya darnos cuenta de las dificultades existentes para esclarecer la política legislativa alfonsina, que no puede aislarse de la época que le tocó vivir. Reenviamos así a Ballesteros para los sucesos históricos. Hacia el año 1267 se deja sentir el descontento de la nobleza y en el año 1271 comienza la rebelión⁹².

89. GARCÍA-GALLO, *Nuevas* cit. 621-622 incluye también a Niebla, aunque precisa que en Niebla el Fuero del Libro se complementa con el F. de Sevilla = F. Juzgo; pero el documento de concesión muestra que los de Niebla reciben «aquellas franquezas que han los que son moradores en la noble cibdat de Sevilla», franquezas que no deben identificarse con el F. Juzgo. Cf. *infra* p. 22 ss.

90. Se trata de una constatación, que no podemos ahora fundamentar pormenorizadamente.

91. Vid. a continuación apartado 9.

92. ANTONIO BALLESTEROS-BERETTA, *Alfonso X el Sabio* (Barcelona 1963) 366 ss.

Son sólo dos fechas indicativas, pues no debe olvidarse que en 1256 llega la embajada pisana, con la oferta de su candidatura al imperio, y a partir de 1264 el monarca tiene que enfrentarse con la guerra con el rey nazarí; precisamente de esa misma fecha, y al parecer vinculada con ella, nace la concesión del Fuero Real a todos los concejos de Extremadura⁹³ y, como veremos, también vinculada a esa guerra parece estar una posible derogación para todos los concejos de Extremadura, en 1265, de esa concesión de 1264⁹⁴.

9. Dentro de este contexto político y social debe colocarse la actividad legislativa alfonsina, que además debía desarrollarse dentro de los condicionamientos generales de la época: no deben sorprender las dificultades existentes para intentar hacer conocer a todos los vasallos sus decisiones, pero tampoco debe llamar la atención que una misma concesión se reitere varias veces. Si no nos pueden sorprender estos hechos, sin embargo, no dejan de arrojar sombras sobre la política legislativa alfonsina, sombras que se ven aumentadas por una terminología no siempre unívoca. Por desgracia, en estos momentos sólo podemos tener estos hechos como telón de fondo.

En una fecha indeterminada, pero que su editor coloca el 5 de octubre de 1252, Alfonso X concede un fuero a Alicante:

«do et otorgo al conceio de Alicant el fuero de Cordua, que le ayan bien et cumplidamientre assi comol an los de Cordua, con las franquezas de Cartagenia, fuera ende que el alcalde et el juyç et el almotacen et el escrivano que sean puestos por mi mano et daquellos que regnaren despues de mi en Castiella et en Leon, quales me yo quisiere et por quanto tiempo yo quisiere»⁹⁵.

La interpretación parece clara: se concede el Fuero de Córdoba, es decir, el Fuero Juzgo, a Alicante, así como las franquezas de Cartagena. Aquí debemos valorar dos hechos: el Fuero Juzgo había sido concedido a Cartagena; para hablar con mayor propiedad, Fernando III había otorgado el 16 de enero de 1246:

«a vos, concejo de Cartagena, el fuero de Cordoua, que los ayades bien et conplidamientre assi como lo han los de Cordoua»⁹⁶.

93. Vid. *infra* p. 63 ss.

94. Vid. *infra* p. 63 ss. y ap. II.

95. TORRES FONTES, *Documentos* III 13 (5-X-1252) 16-20.

96. TORRES FONTES, *Documentos* III 9 (16-I-1246) 11.

Aparte otros privilegios, se había establecido:

«Et el juez et los alcaldes et el escriuano et el amotaçen et los aportellados que sean puestos a conoscencia de omnes bonos uezinos de la villa et por mandado del sennor»⁹⁷.

No deja de llamar la atención esta especificación, ya que Cartagena había recibido el Fuero de Córdoba, donde jueces, alcaldes, mayordomo y escribano eran elegidos por los miembros del concejo, y sólo cuando no se pusieran de acuerdo, «mittant ad Regem suos bonos homines et quomodo ipse mandaverit, ita sit»⁹⁸.

Puede pensarse en una precaución, dado el carácter del Fuero de Córdoba, en última instancia el Fuero Juzgo, donde los nombramientos eran regios. Pero precisamente por ello, la excepción que se establece en Alicante en favor del monarca puede hacer pensar si existe realmente diferencia alguna entre «el fuero de Cordua» y las «franquezas de Cartagena»; es decir, si no se concederán a los de Alicante los privilegios dados a estas respectivas ciudades, ya que más adelante, en este privilegio, se establece:

«Mando que todos vestros juyzios sean juzgados segund el Libro Judgo...Mando et estableço que el Libro Judgo que io di en Alicant, que sea trasladado en joyglar et plano lenguaje et sea nombrado fuero de Alicant»⁹⁹.

Algunos días más tarde, el 25 de octubre de 1252, el rey concede a Alicante el Fuero de Córdoba, con la cláusula alusiva a los oficiales municipales:

«et otorgo a vos, al consejo de Alicant, el fuero de Cordoua, quel ayades bien et complidamente assi comol an los de Cordoua...et el yueç et el alcalde et el escriuano et el almotacen et los aportellados que sean puestos a conocencia de omnes buenos et vecinos de la villa et por mandado del sennior»¹⁰⁰.

97. TORRES FONTES, *Documentos* III 9 (16-I-1246) 12-13.

98. ORTÍ BELMONTE, *El Fuero de Córdoba y las clases sociales en la ciudad. Mudéjares y judíos en la Edad Media*, en BRACC XXV n.º 70 (enero-junio 1954) 5-94; texto del fuero pp. 67 ss.

99. TORRES FONTES, *Documentos* III 13 (5-X-1252) 16 y 20.

100 TORRES FONTES, *Documentos* III 14 (25-X-1252) 21-22.

Sin embargo, pocos años más tarde, el 15 de enero de 1256, el monarca responde afirmativamente a una petición del concejo de Alicante para que sus oficiales fuesen nombrados como en Cartagena, pues tenían su fuero¹⁰¹ y se vuelve a ocupar del tema el 15 de julio de 1258¹⁰².

No es ahora el momento de resolver el problema del nombramiento de estos oficiales concejiles, sino el de subrayar que se comienza por conceder el fuero = privilegios de Córdoba y las franquicias de Cartagena a los de Alicante y se manda que se traduzca el Liber al romance y se le llame Fuero de Alicante; más tarde se concede el Fuero de Córdoba a los de Alicante y se termina por admitir que el fuero que tienen los de Alicante es el Fuero de Cartagena. Es cierto que todo esto no afecta en demasía a la situación, pues, prescindiendo de los privilegios particulares, el fuero es siempre el mismo, pero es indudable que es posible una confusión entre fuero, identificándolo con ordenamiento jurídico, y fueros, identificándolos con derechos, franquicias, libertades. A veces se han utilizado como sinónimo franquicias y fuero, pero en otras ocasiones se distingue entre fuero y franquicias¹⁰³.

En 1258, además, el Fuero de Toledo va a identificarse con el Fuero de Alicante.

«El conçeiiio de Alicant nos enbiaron dezir que sobre contienda que acaeçie entrellos en razon de las debdas, que porque dize en una ley del Libro Judgo que el que primero demandasse la debda, que aquel que fuese entregado. Et que nos pidien merçet que nos que les desplassemos esta ley de seer entregado el que primero demandasse o el que primeramente ouiese la debda. Et nos ouiemos nuestro consellio con aquellos que usan el fuero de Toledo, donde an el conçeiiio de Alicant el fuero que les nos diemos, et segund de como lo ussan en Toledo, falliamos que ha de seer entregado aquel que primerament presta la debda Onde nos mandamos que daqui adelante que lo usedes assi fata que uos nos demos el libro del fuero nuevo que uos auemos de dar»¹⁰⁴

101. TORRES FONTES, *Documentos* III 22 (15-I-1256) 34.

102. TORRES FONTES, *Documentos* III 47 (15-VII-1258) 66.

103. Esto se ve en las concesiones del F. Real. Cf., además, p. ej., TORRES FONTES, *Documentos* III 27 (12-I-1257) 39

104. TORRES FONTES, *Documentos* III 48 (16-VII-1258) 66-67.

El problema lo planteaba F. Juzgo 5,6,5, que establecía que debía pagarse al primer acreedor que demandase o probase su deuda; la solución dada por Alfonso X es señalar que debe ser pagado el primer acreedor en el tiempo, solución que es la establecida en el Fuero Real 3,20,5. Probablemente, dada la terminología utilizada, este es «el libro del fuero nuevo que uos auemos de dar».

Si se nos permitiera un pequeño juego de palabras, afirmaríamos que en esta época no se lucha por un determinado derecho = ordenamiento jurídico, sino por unos determinados derechos = franquizas. A los concejos interesan, fundamentalmente, sus privilegios y franquizas, que les eximan de prestaciones económicas y les permitan una autonomía municipal cuanto más grande, mejor. La política regia era la opuesta, aunque no le quedaba más remedio que transigir, cuando las cosas iban mal.

¿Se llegó a conceder el Fuero Real a Alicante? En este mismo año, el 17 de julio de 1258, se vuelve a recordar la vinculación de Alicante al fuero de Córdoba¹⁰⁵ y dos años más tarde, el 29 de junio de 1260, se vuelve a insistir sobre el problema de los oficiales municipales¹⁰⁶.

Nada de todo esto puede informarnos sobre la vigencia o no del Fuero Real en Alicante, pero el 16 de noviembre de 1263 hay una respuesta regia al concejo de Alicante muy instructiva:

«Vos me enuiastes dezir por uestra carta que quando acaeçie en uestro lugar algunos omnes que matauan o ferien et despues que se encerrauan en las eglesias et que los non osauades ende sacar nin fazer ninguna cosa fata que yo uos enbiasse dezir como fiziessedes. Et yo sobresto enbio uos dezir por esta mi carta quales son aquellos malfechores que se non pueden amparar por eglesia et que los pueden ende sacar sin calonia ninguna. Et son estos: los ladrones manifiestos et famados que tienen los caminos et las carreras et matan los omnes et los roban; otrosi, los que andan de noche quemando o destruyendo de otra manera qualquier las vinias et los arboles et las mieses et los campos; et otrosi, los que matan o fieren en la eglesia o en el cimenterio a fueza de se amparar en ella, et a los que queman o crebantán Et mando unos que daqui adelante quando alguna destas cosas y acaesçieren, que fagades assi como uos enbio a dezir en esta mi carta»¹⁰⁷.

105. TORRES FONTES, *Documentos* III 49 (17-VII-1258) 68.

106. TORRES FONTES, *Documentos* III 54 (29-VI-1260) 73. Cf. cómo el monarca no responde a todas las peticiones.

107. TORRES FONTES, *Documentos* III 63 (16-XI-1263) 81.

Estamos ante la utilización de F. Real 1,5,8, aunque aclarado, a fin de colmar las lagunas y las dificultades de interpretación que suponía el Fuero Juzgo.

¿Se aplicó también el Fuero Real en Murcia? En base al documento que mencionaremos y a un ordenamiento donde se hace alusión a F. Real 4,7,4, se afirmaba por el Catálogo de fueros de la RAH: «Esto prueba la observancia en Murcia del Fuero Real, y como de su concesión no se conserva el privilegio, se ha creído conveniente dar noticia de este ordenamiento»¹⁰⁸.

El primer testimonio en favor de una aplicación del Fuero Real se encuentra en una concesión alfonsina del 22 de abril de 1268, referente a la actuación de los voceros:

«Por fazer bien et merced al conceio de Murcia et porque auemos sabor que vsen buenas costumbres en sus fueros et en las otras cosas, en manera que sea a nuestro seruicio et a pro de la cibdat, et porque los pleytos et los juyzios sean mas aynas librados, tenemos por bien et mandamos que ayan sus bozoros, mas pero si los bozoros fueren legistas, mandamos que non alleguen por otras leyes si non por las del nuestro fuero. Et otrosi, mandamos al conceio de Murcia que assi lo fagan ellos costumbrar et guardar daqui adelante»¹⁰⁹.

Este «nuestro fuero», dado el aprecio sentido por Alfonso X al Fuero Real, parece que debe ser identificado con el mismo¹¹⁰. ¿Cuándo se concedió? Recuérdese que el 14 de mayo de 1266 los de Murcia reciben el fuero de Sevilla¹¹¹ y esta concesión fue confirmada el 18 de mayo de 1267¹¹² y volvió a confirmarse esta vinculación al Fuero de Sevilla el 28 de abril de 1271¹¹³.

Y pese a estas confirmaciones, parece que el Fuero Real era aplicable en Murcia. El 6 de mayo de 1271, Alfonso X envía una carta a los concejo de Murcia, Orihuela y Lorca, así como a otros lugares del obispado de Cartagena, referente al problema del diezmo¹¹⁴. El monarca reprueba en ella dos conductas diferentes: una de ellas consistía en

108. *Catálogo* cit. 156-158; texto copiado en p. 158.

109. TORRES FONTES, *Documentos* I 38 (22-IV-1268) 54.

110. Vid. infra n. 238. Cf. MARICHALAR-MANRIQUE, *Historia* cit. III 4.

111. TORRES FONTES, *Documentos* I 11 (14-V-1266) 17 ss.

112. TORRES FONTES, *Documentos* I 31 (18-V-1267) 43 ss.

113. *MHE* I 128 (28-IV-1271) 278-287.

114. TORRES FONTES, *Documentos* I 45 (6-V-1271) 62-63.

recoger la cosecha de cereales, medirla y apartar el diezmo sin la presencia de terceros; de esta forma, el diezmo quedaba abandonado en el campo y se perdía. Alfonso X les recuerda «que vos havedes en vuestro fuero que non devedes medir el pan fasta que sea llamado el terzero que reciba el diezmo» y les amenaza con la sanción establecida en «la ley del vuestro fuero».

Probablemente nos encontramos ante una alusión a F. Real 1,5,4. ¿Son suficientes estas expresiones para afirmar la vigencia del Fuero Real no sólo en Murcia, sino en todas las villas y ciudades del obispado de Cartagena? No olvidemos que esta carta va dirigida «A los concejos de Murcia et de Orihuela et de Lorca et de los otros logares del obispado de Cartagena» y que, como veremos, F. Real 1,5,4 fue enviado, como ley suelta, a varios obispados y arzobispados¹¹⁵. ¿Habrían recibido también los concejos del obispado de Cartagena esta carta en el año 1255 y por esto se consideraba formando parte de su fuero, entendido como ordenamiento jurídico que no se plasmaba en las leyes del Fuero Juzgo de forma exclusiva? Quizá sea la respuesta más acertada, al menos por el momento, pese al testimonio de 1268¹¹⁶.

Hay una segunda conducta reprobada: se prohíbe que antes de dar el diezmo se detraiga «tassa et simiente et otras despensas», porque esto es «contra el derecho que manda sancta Egleſia, ca el diezmo entregamente deve ser dado de todo el pan antes que misiones ningunas sean ende sacadas». Ahora bien, en Partidas se regulan ampliamente los diezmos y se prohíbe que se detraigan, antes de dar el diezmo, las misiones (P. 1,20,13) y la simiente (P.1,20,14).

¿Sería este hecho suficiente para probar la no vigencia de las Partidas? ¿No llegaría a promulgar las Partidas Alfonso X si antes de 1272, fecha en que se vuelve al fuero viejo, no se aplicaban ya las Partidas en materia de diezmos, sino el derecho de la iglesia? No nos atrevemos a dar una respuesta afirmativa, pues precisamente en P. 1,20,13 se dice que dado que algunos hombres pensaban que las

115. Vid infra p. 71 ss.

116. El testimonio de 1268 —vid. supra n. 109— habla de «nuestro fuero», que sólo puede aludir a F. Real —vid. infra n. 238—. ¿Es posible pensar que haya dicho «vuestro fuero»? En todo caso, las dudas que los de Murcia plantean a los de Sevilla giran en torno a la aplicación del F. Juzgo, eso sí dentro de un ambiente jurídico que no se limitaba a aquel texto (vid. infra p. 30 s.). Cf. infra p. 71 ss.

misiones debían ser detraídas antes de dar el diezmo, «tovo por bien santa egleſia de los sacar deſte yerro, et moſtró en que manera los deben dar. Et estableció...».

La oposición al Fuero Real no debe verse como una oposición al mismo, en cuanto ordenamiento jurídico, sino en cuanto texto legal, que contenía determinadas afirmaciones que reforzaban el poder del monarca, y le concedían un monopolio legislativo; en definitiva, estos principios suponían un ataque contra la autonomía municipal y contra los privilegios de la nobleza. El nombramiento de los oficiales municipales era uno de los medios a través de los cuales el monarca pretendía introducir su plena potestad en el campo municipal; algo hemos visto de la reacción municipal en esta materia, reacción que no sólo se ejercía contra el Fuero Real, sino también contra el Fuero Juzgo¹¹⁷. Otro tanto ocurría con la suerte de las «caloñas»; y también en este caso existe una reacción, que puede testimoniarse claramente en el campo señorial. Si en 1255 Sahagún recibe como «supletorio» el Fuero Real, ese mismo año tiene que regularse la suerte de las «caloñas», atribuyendo el monarca al abad las que le correspondían¹¹⁸. Y en 1269, cuando el obispo de Badajoz concede a los habitantes de Campomayor el Fuero Real, se apresura a añadir: «pero las calumnias que manda en este libro dar el de los sus vasallos que ficieren malfetrías, retenemos que las den otrosi los nuestros vasallos á nos, aquellos que cayeren en las calomnias e en las penas, e a nuestros subcessores, e a los que fueren por nos»¹¹⁹.

Terminemos con un último ejemplo, éste de época tardía, que muestra estas prevenciones de los municipios contra algunos de los principios contenidos en el Fuero Real. Cuando el 2 de mayo de 1339, Alfonso XI restaura el Fuero Real en Madrid, sus habitantes le piden «que fuese la su merced deles ennader e emendar en el dicho fuero demás de lo que se en el contiene, estas cosas que aqui dira». «Estas cosas» se refieren al nombramiento de los alcaldes y al pago de las

117. Vid. IGLESIA FERREIRÓS, *Derecho municipal* cit. 130 ss. y para lo que sigue y supra p. 22 ss.

118. Vid. infra p. 45.

119. Vid. supra n. 88

«caloñas», pues en ambos casos se reservaban al monarca por el Fuero Real ¹²⁰.

Al ser esta reacción no una reacción contra un ordenamiento jurídico, sino contra determinados principios del mismo, favorecedores del poder regio, se comprende que uno de los caminos a través del cual el monarca pudo ir introduciendo su derecho haya sido la interpretación ¹²¹. Al monarca se acudía en petición de ayuda para resolver las dudas, muchas veces surgidas del derecho por él concedido, que no afectaban a la autonomía municipal; y el monarca, para responder a estas dudas, no tenía inconveniente alguno en acudir a sus diferentes obras legislativas, terminadas o no ¹²².

No era este el único camino, puesto que el rey podía recurrir, como hemos visto, a facilitar la introducción de su derecho, mediante su corrección previa, en el momento de la concesión. Las concesiones no sólo del Fuero Real, sino también del Fuero Juzgo, se facilitaban mediante la incorporación de privilegios y franquezas, que podían modificar o dejar sin aplicación algunos de los principios contenidos en los mismos. De aquí la importancia del momento en que se realiza la concesión del Fuero Real, como hemos visto al aludir a los distintos tipos de franquezas que le acompañan. Esta reforma del Fuero Real, para facilitar su introducción, no excluye que para lograr su mantenimiento el monarca tenga que salir al paso de reales o presuntos agravios. La concesión del Fuero Real a Extremadura, en la redacción contenida en la concesión a Cuéllar así lo demuestra. Esta confirmación del Fuero Real en 1264 viene acompañada de una serie de reformas, provocadas por los agravios sufridos por los hombres de Extremadura, reformas que afectan no sólo al Fuero Real, sino también a las mismas franquezas contenidas en la concesión del Fuero Real a Cuéllar en 1256 ¹²³.

120. DOMINGO PALACIOS, *Madrid I* (1339) 253-255 Vid. las matizadas respuestas del monarca.

121. Vid. LÓPEZ ORTIZ, *La colección cit* 5 ss

122. Vid. *infra* p. 70 ss.

123. Es suficiente señalar aquí la aparición del mayordomo en la concesión de 1264 —UBIETO, *Cuéllar* 21 (29-IV-1264) 65—, que no se mencionaba en la concesión de 1256 —UBIETO, *Cuéllar* 16 (21-VII-1256) 42-47.— La primera vez, salvo error, que aparecen mencionados los mayordomos, se produce cuando surge el segundo tipo de franquezas, en la concesión a Escalona del Fuero Real el 5 de mayo de 1261.

Alfonso X había concedido a Alicante el Fuero Juzgo; sin embargo, el 28 de agosto de 1268 los vecinos de Alicante piden al monarca que las partes se puedan avenir, tras haber planteado la querrela ante el alcalde dentro de un plazo de diez días, tal como ocurría en Murcia¹²⁴. Y es que en Murcia, cuando se confirmó a sus pobladores el Fuero de Sevilla el 18 de mayo de 1267, entre otros privilegios y franquicias se les había autorizado para que «de toda demanda de que no deua ser fecha iusticia corporal, aunque sea la querrela fecha ante los juezes e la iusticia, sy fasta diez dias despues que la querrela sera fecha» se pudieran avenir¹²⁵.

Detrás de estas franquezas se encuentra la prohibición de F. Juzgo 2,2,5, que recoge F. Real 1,7,5, que sólo permitía tal avenencia con mandato del juez.

Estas concesiones parciales y modificadas, realizadas a través de caminos indirectos, hace difícil determinar en cada caso concreto el derecho vigente, más todavía, si se tienen en cuenta las dificultades existentes para que el monarca enviara copia del fuero concedido. El 14 de mayo de 1266 los pobladores de Murcia habían recibido el Fuero de Sevilla, pero todavía el 8 de diciembre de 1287, escriben a los de Sevilla, para notificarles que habían recibido de Alfonso X el Fuero de Sevilla y sus franquezas; hacía ya tiempo que habían enviado a Bernalt Albiol en su busca, «et aquel non nos lo troxo seellado nin daquela guisa que nos lo auemos menester que pudiesemos vsar». Más tarde, el monarca Sancho IV les confirmó este fuero y franquezas¹²⁶ y les dio una carta para los de Sevilla. Por ello les envían ahora una comisión a fin de que les den «por escripto el fuero et los preuilegios et todas las cartas, franquezas et libertades que vos auedes» y les aclaren ciertas dudas¹²⁷; estas dudas son aclaradas en una carta que su editor fecha entre el 1287 y el 1288¹²⁸.

Esto muestra que los de Murcia conocían el fuero de Sevilla, pero

124. TORRES FONTES, *Documentos* III 88 (28-VIII-1268) 100-101.

125. TORRES FONTES, *Documentos* I 31 (18-V-1267) 47.

126. Probablemente aluden a la confirmación de 1285. Puede verse en TORRES FONTES, *Documentos* IV 32 (19-I-1285) 24-27.

127. TORRES FONTES, *Documentos* II 93 (8-XII-1287) 82-83.

128. TORRES FONTES, *Documentos* II 94 (1287-1288) 84-86. Había sido ya publicado por Martínez Marina en su «Teoría de las Cortes».

no tenían del mismo un texto auténtico¹²⁹. Además, este documento es sumamente interesante, ya que supone la aclaración hecha por los jueces de Sevilla de los problemas planteados por la aplicación del Fuero Juzgo. No podemos detenernos en él, pero quisiéramos llamar la atención sobre algunos puntos. ¿Cómo se hace esa interpretación? ¿Por qué surgen las dudas?

Cuando los de Murcia les preguntan qué significa «sieruo», pues el Fuero Juzgo no lo dice, los de Sevilla contestan que el siervo «es aquel que non a libre aluidrio segund dizen los derechos»¹³⁰.

Preguntan de nuevo los de Murcia «porque en ningún lugar del Fuero non faze ende mençion, si alguno dize a otro traydor o gaffo o fududincul o cornudo o ereie o a muger de su marido puta» qué pena debían tener los culpables¹³¹. Recuérdese F. Real 4,3,2:

«Qualquier que otro denostare, quel dixiere gafo o fodudinculo, o cornudo, o traydor, o herege, o a muger de su marido puta».

¿Se puede pensar que la coincidencia es puramente casual? No podemos en este momento resolver todos estos parentescos¹³², pero queremos subrayar las dificultades existentes para identificar el derecho aplicable, precisamente por la variedad de textos legales, que en última instancia reflejaban la misma política con variaciones.

Se explica así que hace algunos años se haya afirmado que la expresión «a razon de tres por quatro, assi quemo manda el Rey» no podía invocarse en favor de una aplicación del Fuero Real en Valladolid en 1254, pues tal expresión procedía de una pragmática de Alfonso X de 10 de marzo de 1253 y no de Fuero Real 4,3,6¹³³.

129. La petición no surgiría de no tener un texto del Fuero, sino de carecer de un texto auténtico. Cf. lo que sucede con el Fuero de Jaca —vid. *El Fuero de Jaca*, ed. Molho (Zaragoza 1964) 7-9; M. MOLHO, *Difusión del derecho pirenaico (Fuero de Jaca) en el Reino de Aragón*, en *BRABLB* 28 (1959-1960) 270 ss.

130. TORRES FONTES, *Documentos* II 94 (1287-1288) 83: Derecho de la Recepción.

131. TORRES FONTES, *Documentos* II 94 (1287-1288) 85.

132. Cf. preguntas antepenúltima y última con F. Real 2,3,1; 2,8,15 y P. 3, 15,3 y 3,16,34.

133. Vid las notas de Zurita Nieto en *Documentos de la Iglesia Colegial de Santa María la Mayor (hoy Metropolitana) de Valladolid. Siglo XIII (1201-1280)* (Valladolid 1920) 48 (7-XII-1254) 268-269.

En los primeros años del reinado de Alfonso X se ha debido vivir una fase de intensa renovación jurídica, iniciada quizá ya en los últimos años del reinado de Fernando III, si no antes. Puede ello explicar que en pocos años los mismos problemas puedan encontrar soluciones diferentes. Piénsese, por ejemplo, en el problema del salario de los «voceros», que no tiene la misma solución en los distintos textos legales: Fuero Real y Espéculo van por un lado, mientras Partidas va por el otro y el Ordenamiento de Cortes de Zamora de 1274 ofrece una solución que podríamos calificar de transaccional¹³⁴. Pero ya el 15 de mayo de 1254 Alfonso X había intentado dar una respuesta a este problema, ofreciendo una solución diferente a las mencionadas. Esta solución se encuentra dentro de una normas dirigidas por Alfonso X a la ciudad de Toledo, a fin de resolver cuestiones procesales¹³⁵. Si tenemos en cuenta que Toledo se regía por el Fuero Juzgo y que éste ha sido utilizado para redactar el Fuero Real —directa o indirectamente, no tiene ahora importancia— comprenderemos las dificultades que pueden surgir de este documento, que intenta responder a unos problemas, por lo que partiendo de Fuero Juzgo, se tiene que apartar necesariamente del mismo, sin tener por ello que coincidir con Fuero Real, o mejor dicho con las soluciones recogidas en Fuero Real, probablemente en elaboración en esta época¹³⁶.

La situación se complica todavía más por la tendencia a fechar muy tempranamente los fueros extensos existentes, sobre todo aquéllos vinculados al Fuero de Cuenca. Recordemos que los castellanos de Talavera habían recibido el fuero de los mozárabes, por lo que pedirán más tarde a Alfonso X, que les conceda el Fuero Real, al carecer de fuero escrito.

Esto quizá permitirá una mejor valoración de algunas concesiones, valoración que debe tener en cuenta que la concesión de un fuero quiere decir muchas veces la concesión de las franquezas que disfruta un determinado concejo y que, además, toda alusión a un fuero, que

134. Vid. *infra* p. 50.

135. *MHE* I 21 (15-V-1254) 39-43.

136. Nos limitaremos, provisionalmente y sin pretender ser exhaustivos, a citar algunos textos, que pueden vincularse de forma más o menos lejana a estas declaraciones alfonsinas: F. Juzgo 2,2,2 y 4; F. Real 2,1,5; 2,3,5; 2,5; 2,9,2; 1,9,1 y 5, por no mencionar también E.: cf. E.4,9,8. Citamos siguiendo el orden del documento

conocemos hoy como un fuero extenso, no puede ser identificada sin más como una alusión a la redacción que hoy conocemos.

El 15 de abril de 1262, Alfonso X concede a los pobladores de Almansa «que ayan aquel mismo fuero et aquellas franquezas que han los pobladores christianos del conceio de Requena»¹³⁷. Dos años más tarde, les concede «que ayan el fuero et las franquezas que an el conceio de Cuenca cumplidamientre»¹³⁸. Y un año más tarde, el 15 de febrero de 1265, hay una novedad: les otorga «que hayan el fuero nuevo que han en el concejo de Cuenca, e que hayan las franquezas que han el concejo de Alicante»¹³⁹.

¿Cuál es ese fuero nuevo de Cuenca? No creo —la redacción no habla de «nuestro fuero nuevo»— que pueda identificarse con el Fuero Real, pero tampoco se puede identificar con el Fuero de Cuenca que se había concedido en 1264 y en 1262, ya que ahora se le califica de nuevo. Y decimos en 1262, ya que el Fuero de Requena era en 1262, al parecer, el Fuero de Cuenca, pues sólo recibió el Fuero Real en 1264. Realmente ¿tenía Requena el Fuero de Cuenca? La concesión no es muy clara, pues tras aludir a los heredamientos que el monarca concede a los pobladores y a una autorización para comprar heredades de los moros, añade:

«Et todo esto les damos á estos pobladores sobredichos, et à los que hy seran daqui adelante moradores que lo hayan al fuero de Cuenca»¹⁴⁰.

A nuestro entender no hay una concesión del Fuero de Cuenca a los pobladores de Requena en tanto ordenamiento jurídico; a Requena no se le concede en estos momentos el Fuero de Cuenca tal como lo conocemos hoy —o en una redacción semejante—, sino las franquezas que disfrutaban los habitantes de Cuenca.

Prueba de ello sería que, el 11 de agosto de 1268, Alfonso X concede a los pobladores de Requena, «todas las franquezas que solian haver en el su fuero que antes avian»¹⁴¹, franquezas que son las mismas que confirma a Cuenca y Baeza¹⁴².

137. TORRES FONTES, *Documentos* III 61 (15-IV-1262) 79 s

138. TORRES FONTES *Documentos* III 64 (9-X-1264) 82.

139. TORRES FONTES, *Documentos* III 66 (15-II-1265) 83.

140. *MHE* I 55 (4-VIII-1257) 116.

141. *MHE* I 112 (11-VIII-1268) 246-248.

142. Vid a continuación para estas concesiones.

¿Supuso esta concesión la derogación del Fuero Real? En este punto el texto de Requena ofrece una variante con respecto a su modelo y a su, por así decir, hermano de Baeza; al regular el problema de las pesas, establece «e el que las non tobiere derechas, peche la calumpnia, como nuestro derecho manda». ¿Debe presumirse que este circunloquio apunta a la derogación del Fuero Real? No sabríamos decirlo.

De todas formas, si fuese esta interpretación correcta —Requena no recibe el Fuero de Cuenca, sino las franquezas de los conquenses— habría que afirmar entonces que Almansa vivió a Fuero Real en los primeros momentos, ya que el Fuero Real fue concedido a Requena el 6 de febrero de 1264¹⁴³.

Mientras Requena mantuvo el Fuero Real, Almansa renunció el 9 de octubre de 1264 al mismo, si tenía que seguir viviendo de acuerdo con el derecho de Requena, para acogerse al Fuero de Cuenca, que podríamos calificar de antiguo¹⁴⁴.

Algo parecido ha debido suceder en Baeza. El 12 de abril de 1272 da «a los vezinos dentro en el Alcaçar de Baeça», «las franquezas, que el Concejo de Cuenca solia aver en el fuero que ante tenia, que son estas». Estas franquezas se refieren a la forma de tener las heredades: libre disposición de sus heredades, exención de pechos, máxima para caballeros con caballo, exención de portazgo y montazgo, pero una exención según «el fuero que ante tenia» Cuenca —recuérdese que en 1265 se habla del Fuero nuevo de Cuenca—; además se establece:

«Otrosi les otorgamos que todo vezino de Alcaçar sobredicho pueda tener pesos y medidas de leches (*sic.* por *derechas*) sin calonia alguna y el que las non toviere derechas, que peche la caloña, como nuestro Fuero manda, pero salvo sin quitar a nos el nuestro peso mayor, que hi avemos también el del Mercado, como el otro peso mayor de la villa que sea para nuestras rentas»¹⁴⁵.

143. Así *Catálogo* cit 198 y BALLESTEROS, *Alfonso X* cit. 366. En p. 533 dice: «El día 27 (de agosto de 1271) otorgó el Fuero a Requena». ¿Será el F. Real? El índice de documentos no recoge ninguno dado en dicha fecha a Requena.

144. ¿Debe identificarse con el recibido por Requena?

145. Gonzalo ARGOTE DE MOLINA, *Nobleza de Andalucía* (Sevilla 1588) 149. Para un privilegio semejante a Alcaraz, en 1272, vid. F. Cuenca, ed. Ureña, p. CIX; Roudil, *Los Fueros* cit. (infra n. 148) 8. Cf. F. Real 3,10,1. Por desgracia no hemos podido recurrir al famoso informe del P. Burriel.

En este caso concreto Alfonso X no ha mentido, ya que no ha hecho otra cosa que repetir, con variantes sin importancia, el privilegio concedido a Cuenca el 11 de agosto de 1266, donde se concede igualmente a sus vecinos «las franquezas, que solian auer en el su fuero, que antes auian»¹⁴⁶.

Si bien Martir Rizo habla de algunos privilegios concedidos por Alfonso VIII, tras la conquista de Cuenca, y señala que concedió a los de Cuenca «estas mercedes, que despues el Rey Don Alonso el Dezimo concedió en forma de priuilegio»¹⁴⁷, el documento se presenta como un privilegio de Alfonso X dirigido a premiar los muchos servicios realizados por el Concejo de Cuenca a Alfonso VIII, Fernando III y al mismo Alfonso X, por lo que le concede las franquezas que «solian auer en el su fuero, que antes auian». Es suficiente señalar que estas franquezas no pueden remontarse, al menos en su totalidad, a Alfonso VIII: bastaría para mostrarlo la exención de todo montazgo y portazgo, salvo en Toledo, Sevilla y Murcia, exención que únicamente puede remontarse a los últimos años de Fernando III o primeros de Alfonso X en la forma recogida en el privilegio.

Ahora bien, esta alusión a «como nuestro Fuero manda» ¿supone una alusión a la vigencia del Fuero Real en Cuenca y Baeza? ¿Por qué se conceden las franquezas que solían tener «en el fuero que ante tenían»?

Una respuesta para Baeza, quizá nos la pueda dar un privilegio alfonsino de 1273, en el que se otorga a los de Baeza.

«que ayan el fuero de Cuenca assi como lo ouieron en tiempo del rey don FERRANDO, nuestro padre, et en el nuestro fasta que les diemos este otro fuero, e que ayan su juez et sus alcaldes et su escriuano assi como lo auien en aquel tiempo E por fazer les mas bien et mas merçed, otorgamos les que ayan la franqueza que les diemos por nuestro priuilegio en razon que no lazren los padres por los fijos, ni los fijos por los padres, ni las mugieres por los maridos, ni los maridos por las mugieres»¹⁴⁸.

franquicia que se emparenta con F. Juzgo 6,1,8 y F. Real 4,5,9.

146 Juan Pablo MÁRTIR RIZO, *Historia de la muy noble y leal ciudad de Cuenca* (Repr fotom de la ed. de Madrid 1629. Barcelona 1979) 45-48.

147. MÁRTIR RIZO, *Historia* cit. 46.

148. Jean ROUDIL, *El Fuero de Baeza* (La Haya 1962) 422.

Recapítulemos: en 1265 los moradores de Almansa reciben el fuero nuevo que tienen los de Cuenca; en 1266, en un privilegio a Cuenca, en 1268 en un privilegio a Requena y en 1272, en un privilegio a Baeza, se alude al fuero que antes tenían los de Cuenca; finalmente en 1273, se concede a Baeza el fuero de Cuenca, tal como lo habían tenido diemos este otro fuero». Volvemos a plantear la pregunta contestada en tiempos de Fernando III y del mismo Alfonso X, «fasta que les ya negativamente: ¿Será este fuero nuevo de Cuenca el Fuero Real? Seguimos pensando —y sin embargo es una simple intuición, basada en la forma de mencionarse el fuero— que no. Contra esta intuición debe señalarse un hecho: cuando se devuelve a los de Baeza su antiguo fuero, es decir el Fuero de Cuenca, se acompaña esta devolución con un privilegio, que en el fondo es el principio legal contenido en F. Juzgo 6,1,8 y F. Real 4,5,9, que no debía encontrarse en el Fuero de Cuenca, al menos en el que conocemos, ya que Sancho IV también tuvo que conceder el mismo privilegio a los de Cuenca en 1285¹⁴⁹.

10. Antes de examinar algunas concesiones tempranas del Fuero Real debemos eliminar ya una, nacida de un equívoco, por no decir de la inquina del P. Burriel contra Fernández de Mesa, al señalar el error en que éste incurre.

«quando dice, lib. 1. cap. 7 & 1. que Don Alonso el Sabio dió a Alarcon en la era 1292. el Fuero Real, dexando dicho en el mismo & 1. que se formo este Fuero un año despues, lo que procura conciliar, atribuyendo a D. Alonso el Sabio en la promulgación de leyes unas priesas semejantes a las que el tuvo para componer y imprimir su obra»¹⁵⁰.

La concesión de un fuero a Alarcón, distinto al Fuero Real, en 1254 por Alfonso X parece haberla mencionado por vez primera Fernández Prieto y Sotelo¹⁵¹. De aquí pasó a Mayans, que calló su fuente¹⁵² y volvió a reaparecer en la obra de Fernández de Mesa, quien se

149. Vid. F. CUENCA —ed. Ureña— p. 961.

150. BURRIEL, *Carta* cit. 92.

151. ANTONIO FERNÁNDEZ PRIETO Y SOTELO, *Historia del Derecho real de España*. (Madrid 1738) 367.

152. Gregorio MAYÁNS, *Carta a Berni*, en Joseph BERNI, *Instituta civil, y real* .. (Valencia 1760). Traducida al latín se encuentra en la ed. de Cerdán y Rico de la obra de Lucas Cortés, publicada bajo el nombre de Franckenau.

reenvía a Mayans y Fernández Prieto y Sotelo¹⁵³, observando la forma equivocada de reducir la era de Mayans, por lo que coloca como éste la concesión en el año 1253.

El P. Burriel estaba perfectamente informado y sabía también que lo concedido a Alarcón en 1254 no era el Fuero Real, sino un fuero. En la carta dirigida a Mayans el 1 de agosto de 1745, le pregunta:

«Pero ¿de dónde sacó Vdm. la noticia de que el rey Dn. Alonso el Sabio dio fuero a Alarcón año de 1253 antes de la formación de el fuero real? (en la carta a Berní)»¹⁵⁴.

Mayans le contesta haberlo tomado de Fernández Prieto y Sotelo «i la creí por ser cosa de hecho pero no le cité porque no es digno de esso»¹⁵⁵. Finalmente, en carta del 12 y 17 de septiembre de 1745, el P. Burriel le indica que la concesión de Alfonso X ocurrió el 26 de julio de 1256; y añade: «Este fuero que él hizo es sin duda el Fuero Real»¹⁵⁶.

Aquí puede radicar la confusión del P. Burriel, que le lleva a reprochar a Fernández de Mesa algo que éste nunca dijo, aunque se haya expresado mal.

Quizá añadiendo algo propio, Asso y De Manuel afirman que Alarcón recibió en 1252 el fuero de Consuegra, que era el de Cuenca¹⁵⁷.

Noticias semejantes había dado el P. Burriel, pero también más exactas, cuando habló de los manuscritos del Fuero de Alarcón, conservados en el municipio, y que eran dos, que, coincidentes en la letra, diferían en cuanto al orden y quizá número de capítulos, cosa que indirectamente también puede deducirse de la noticia ofrecida por Asso y De Manuel. Es este otro testimonio más de la dificultad de aceptar sin más las menciones al fuero de Cuenca —o semejantes— como alusiones a los fueros que conocemos en la actualidad¹⁵⁸.

153. Thomas Manuel FERNÁNDEZ DE MESA, *Arte histórica y legal, de conocer la fuerza, y uso de los Derechos nacional, y romano de España* (Valencia 1747) 56.

154. Gregorio MAYANS Y SÍSCAR, *Epistolario II. Mayans y Burriel* Transcripción, notas y estudio preliminar de Antonio Mestre. (Valencia 1972) 179.

155. MAYANS Y SÍSCAR, *Epistolario* cit. II 187.

156. MAYANS Y SÍSCAR, *Epistolario* cit. II 203.

157. Ignacio Jordán de ASSO Y DEL RÍO y Miguel de MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Instituciones del Derecho civil de Castilla* (Madrid 1775) 16-17.

158. BURRIEL, *Carta* cit 91. MAYANS Y SÍSCAR, *Epistolario* cit. II 201; J. ROUDIL, *Les Fueros d'Alcaraz et d'Alarcon I* (París 1968) 13, noticias que

Que la noticia facilitada por Asso y De Manuel había sido enriquecida por ellos, parecen mostrarlo las ediciones posteriores de su obra, pues manteniendo la identificación entre el Fuero de Consuegra y el de Alarcón, dicen ahora que éste «según el Decreto Real despachado por Don Alonso el Sabio citado por el Historiador de esta villa, se comunicó por este Rey en dicho año de 1268»¹⁵⁹.

Mientras no hemos podido aclarar esta fecha de 1268¹⁶⁰, la primera fecha mencionada —1252— aludirá probablemente a un epígrafe semejante al que acompaña a la copia del Fuero de Alarcón de la Colección Salvá¹⁶¹. Del privilegio mencionado por Fernández Prieto no han quedado trazas en el Archivo Municipal de Alarcón¹⁶². Existe, sin embargo, un privilegio concedido el 31 de julio de 1254, por Alfonso X, a Alarcón, eximiendo a sus moradores de «todo pecho, e de todo pedido», aunque reservándose «moneda e yantar, así como la dieron siempre, y que vayan en hueste cuando les yo mandare»¹⁶³.

Sabemos que el 27 de julio de 1256 Alfonso X concedió el Fuero Real a Burgos¹⁶⁴ y que el 19 de agosto de 1265 fue Valladolid la que recibió del mismo monarca el Fuero Real¹⁶⁵. En ambos casos aparece la habitual fórmula de concesión¹⁶⁶.

¿Son suficientes estas concesiones para negar la posibilidad de una concesión anterior?¹⁶⁷

Muy brevemente aludiremos a los datos conocidos: según el Fuero

coinciden con las que aparecen en BN. Colección Burriel. Tomo DD, 146 fol. 68 R-V (visto por fotocopia).

159. I. J. de ASSO Y DEL RÍO-M. de MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Instituciones del derecho civil de Castilla* 5.ª ed. (Madrid 1792. Reimp. Valladolid 1975) XXVII.

160. Cf. ROUDIL, *Los fueros* cit. I 7 ss. Si deben emparentarse con los concedidos a Cuenca en 1268 —vid. ASSO-DE MANUEL, *Instituciones* cit. (5.ª ed.) XXVII, no serían otra cosa que la confirmación de ciertas franquicias ya vistas —vid. supra—, no confirmación del Fuero de Alarcón.

161. ROUDIL, *Los fueros* cit. I 14.

162. ROUDIL, *Los fueros* cit. I 8. De paso añadamos que en Antequera la fecha de 1256 alude a la concesión del F. Real a Alarcón.

163. GONZÁLEZ, *Colección* VI 259 (31-VII-1254) 135-136

164. MHE I 45 (27-VII-1256) 97.

165. MHE I 102 (19-VIII-1265) 224.

166. Apenas hay diferencias en las fórmulas de concesión.

167. MARTÍNEZ DÍEZ, *Los comienzos* cit. 260, coloca estas concesiones en 1255 y señala que excepcionalmente Burgos recibe de nuevo en 1256 el F. Real, pero no da testimonios de ello.

de Briviesca —al menos, según nuestra interpretación— el 18 de julio de 1255 se terminó una copia del Fuero Real, copia que quizá sea la concedida a Burgos, sin especificar el momento en que se hizo. Esta concesión podría, quizá, fecharse en base a la nota cronológica que acompaña al ordenamiento de las Cortes de Zamora, que fija la concesión del Fuero Real a Burgos el 25 de agosto de 1255. Esta concesión a Burgos estaría comprobada por la crónica alfonsina, aunque no pueda tomarse en consideración su cronología, y por el prólogo del Fuero Viejo, al menos de forma indirecta, ya que si se dice que en 1255 se ordena a los concejos de Castilla que se rijan por el Fuero Real, se señala igualmente que en 1272 se manda a los de Burgos que se rijan por el fuero antiguo.

Si damos fe a la nota cronológica que acompaña al fuero de Briviesca, la copia —¿enviada a Burgos?— se hizo en el año cuarto del reinado de Alfonso X; esto nos coloca en una fecha comprendida entre el 1 de junio de 1255 y el 1 de junio de 1256. Sin duda no podemos vincular necesariamente el año de terminación de una copia a su concesión. Si no se acepta la fecha del 25 de agosto de 1255, nada impediría que una copia, hecha en el cuarto año del reinado de Alfonso X, pueda ser concedida a Burgos en el quinto año, es decir, el 27 de julio de 1256.

Nos parece inútil reiterar algo que ha debido quedar claro: si se acepta que las notas cronológicas aluden al momento de la terminación de una copia del Fuero Real, si se acepta la fecha ofrecida por la nota cronológica, que acompaña las Cortes de Zamora, debe concluirse que el 25 de agosto de 1255 fue concedido a Burgos el Fuero Real, en una copia terminada el 18 de julio del mismo año¹⁶⁸. Rechazar estos datos, admitiendo en lo esencial su validez, supone entrar en el mundo de las erratas, que en la mayoría de los supuestos es un mundo reservado a la fe, no a la demostración.

Si admitimos que en el año 1255 se concede el Fuero Real a Burgos, queda por explicar el preámbulo que acompaña a la concesión de 1256. Ahora bien, debe subrayarse que por difícil que resulte explicar el mismo, esta dificultad no puede conducir a negar la concesión a Burgos en 1255 del Fuero Real, si se admite el testimonio del ordenamiento de Zamora.

168. Cf *Opúsculos* cit. I p. VIII, donde se menciona una copia titulada

Estamos ante una fórmula de concesión, que no responde a la realidad de los hechos; no debe así extrañar que en 1256 se afirme que Burgos no tiene fuero cumplido. Se puede objetar que una cosa es afirmar la inexistencia de fuero cumplido, cuando el fuero existente no es el Fuero Real, que es lo que sucede habitualmente, y otra muy diferente, es decir, que no existe fuero cumplido en Burgos en 1256, cuando había recibido en 1255 el Fuero Real. Pese a ello, podría quizá mantenerse el principio establecido, pues ahora el monarca no sólo concede el Fuero Real, sino también una serie de mercedes por los servicios recibidos¹⁶⁹.

El dar soluciones alternativas a un problema suele causar mala impresión, pero volvemos a subrayar que las mismas intentan explicar algo que para la mentalidad actual resulta difícilmente comprensible, pero que no afecta al testimonio de las Cortes de Zamora. Hemos visto que las concesiones realizadas por Alfonso X de distintos fueros suelen ser reiteradas. ¿Por qué se concede el mismo fuero que se había concedido en anteriores ocasiones? Las causas pueden ser múltiples, como hemos ya indicado, pero entre ellas está el conceder fuero a una ciudad, sin entregarle el correspondiente texto, como ha ocurrido en Murcia¹⁷⁰. Hemos establecido una conexión entre la terminación de una copia —el 18 de julio de 1255— del Fuero Real y el epígrafe que le acompaña —«Este es el libro del fuero que el Rey don Alfonso dio a la noble cibdat de Burgos»—, fijando esta concesión en el 25 de agosto de 1255. Si, manteniendo esta fecha, se rompe la conexión entre la copia y la concesión, pudo muy bien ocurrir que el 25 de agosto de 1255 Burgos recibiese el Fuero Real, pero la copia sólo le fuese enviada el 27 de julio de 1256.

¿Recibió Valladolid antes de 1265 el Fuero Real? Los argumentos en favor de esta posibilidad derivan de las notas cronológicas de algunos de los manuscritos que contienen el Fuero Real, aunque los autores discuten la fecha de concesión.

En base a la nota cronológica publicada por la RAH en su edición del Fuero Real, se tiende a fechar la concesión del mismo a Valladolid

«Fueros dados a la ciudad de Burgos por el rey don Alonso», que al parecer no está fechada.

169. Vid. la concesión de 1256 y supra p. 21

170. Vid supra p 30 s

el 30 de agosto de 1255, pues en el prólogo del Fuero Real se dice que, careciendo de fuero la Villa de Valladolid, el monarca le concede el Fuero Real. El hecho de haberse terminado el 30 de agosto de 1255 la copia correspondiente, induce a pensar que no se concedió a Valladolid en ese mismo día. Dicho con otras palabras, si la copia se terminó el 30 de agosto, probablemente la concesión tuvo que hacerse después, y éste después puede llevar a 1265.

Otros autores, en base a los manuscritos conservados en la catedral de Toledo, adelantan la fecha de concesión al 24 de junio de 1255. La argumentación es la misma: si los manuscritos contienen el Fuero de Valladolid, que es el Fuero Real, y en uno de ellos se indica que la copia se terminó el 24 de junio/julio, en ese día se concedió a Valladolid¹⁷¹.

Si la copia se terminó el 24 de junio, todo hace pensar que la concesión tuvo que hacerse en un día posterior. Sangrador separaba ya la terminación del Fuero Real —así lo pensaba él— de su concesión a Valladolid.

«En el año de 1255 vino el Rey á Valladolid donde habiendo concluido de ordenar el Fuero Real en 24 de junio y le dio en este mismo año a la villa para que se gobernara por el»¹⁷².

Por desgracia no dio razón alguna de su afirmación¹⁷³.

La fecha de terminación de una copia, que se concederá a Valladolid, no permite fijar la fecha de su concesión, aunque se puedan levantar dudas sobre su congelación durante diez años, ya que, terminada en 1255, sólo se concedería en 1265.

Si por este camino no es posible llegar a ninguna conclusión segura, queda, sin embargo, abierto otro camino, para demostrar esta concesión antigua a Valladolid.

Nadie pone en duda que el 31 de agosto de 1258 el monarca concede unas ordenanzas a los Alcaldes de Valladolid, para facilitar la sustanciación de los pleitos¹⁷⁴. ¿Por qué se dan estas ordenanzas?

171. Vid. BURRIEL, *Carta* cit. 37-38, 95; no entramos ahora en lo fundamentado de la afirmación de Burriel.

172. SANGRADOR VITORES, *Historia* cit. I 1 p. 96-97.

173. Vid las notas de Zurita Nieto, en *Documentos* cit 268-269.

174. *MHE* I 55 (31-VIII-1258) 139 ss.

«Por contienda que fallamos que era entre los alcalles, é el merino de la villa de Valladolid por que non sabien que era lo que debie cada uno dellos gua dar é facer, Nos, por toller esta dubda entrellos, diemosle nuestra carta seellada enque dize quales son las cosas que debien cada uno dellos guardar e facer»¹⁷⁵.

Tras el análisis realizado por García-Gallo, tampoco nadie podrá discutir la sustancial identidad entre estas ordenanzas y el Espéculo. Si el Espéculo hubiese sido el texto utilizado en Valladolid, no habría razón alguna para pensar en la necesidad de su aclaración, si esta aclaración no supone otra cosa que la mera repetición, frecuentemente abreviada, de lo ya establecido. Otra cosa sería, si el texto aclarado fuese el Fuero Real. En este sentido no existe fragmento alguno de dichas ordenanzas, que no encuentre un núcleo originario en el Fuero Real. Pero estas ordenanzas no sólo interpretan el Fuero Real, sino que también proceden a corregirlo. Es este, podríamos decir, el primer supuesto en el cual el monarca, a petición de los interesados, procede a una interpretación y corrección del texto del Fuero Real. Quizá el supuesto más evidente es el referente a lo que podríamos calificar de casos del rey, donde, además, la identidad entre las ordenanzas y el Espéculo se rompe¹⁷⁶. Subráyese la modificación interesante frente a Fuero Real —regulación que vuelve a aparecer en Partidas— en materia de Riepto.

Tanto Fuero Real 4,25,5 (= 4,21,5) como Partidas 2,9,22 y 7,3,2, reservan el riepto al monarca, pues sólo éste puede dar quito de traición o aleve al hidalgo, mientras el Espéculo y las Ordenanzas de 1258 señalan la posibilidad de una delegación en el Adelantado.

Si se acepta que las Ordenanzas de 1258 vienen a aclarar algo, si se admite que para la redacción de esas ordenanzas se ha recurrido al Espéculo y, finalmente, si se acepta que los puntos aclarados se encuentran el Fuero Real, la conclusión parece evidente: las ordenanzas vienen a aclarar el Fuero Real, vigente en Valladolid desde una época anterior, aunque indeterminada.

Esta conclusión se vería reforzada por ciertas alteraciones en el texto de las Ordenanzas, como hemos indicado ya en otra ocasión¹⁷⁷. Dado que estas explicaciones no han sido al parecer lo bastante claras,

175. *MHE* I 55 (31-VIII-1258) 139.

176. Vid la edición de GARCÍA-GALLO, *El «Libro»* cit. 179-180.

177. IGLESIA FERREIRÓS, *Las Cortes* cit. 957-958.

nos esforcemos en darles ahora mayor claridad y en presentarlas de forma esquemática, subrayando así su carácter hipotético. Resultará fácil rechazar la conclusión, no admitiendo las hipótesis que la mantienen; pero no debiera olvidarse, que sería conveniente ofrecer otra explicación. Partimos de la idea que el Espéculo ha sido una obra fallida, abandonada por el monarca en 1256 «por el fecho del Imperio», aunque posteriormente, y en diversas ocasiones, haya utilizado el material acumulado.

Si el Espéculo no había sido terminado y por lo tanto no estaba vigente, si el texto legal vigente en Valladolid era el Fuero Real, si las Ordenanzas de 1258 fueron dadas para aclarar el Fuero Real y estaban basadas en el Espéculo, es evidente que ciertos reenvíos existentes en su modelo —es decir, en el Espéculo— tenían que ser necesariamente modificados. Mientras Espéculo 4.2,7 señala «asi como mandan las leyes del título de los personeros», aludiendo a E. 4,8, las Ordenanzas dicen «segund lo manda el fuero», aludiendo a FR. 1,10,2; si esta misma ley de Espéculo dice «segunt dize en el titulo que fabla de las ferias», alusión a E. 5,6, las Ordenanzas afirman «en los días de las fiestas en que manda el fuero que non judguen», alusión a FR. 2,5,1; si E. 4,2,13 dice «segunt dice en el titulo que fabla de los voceros», reenvío a E. 4,9, las Ordenanzas afirman «si non suya ó de aquellos que manda el fuero» alusión a FR. 1,9,1¹⁷⁸. Posiblemente la regulación del Espéculo fuese mucho más acertada y completa que la del Fuero Real, pero el texto vigente era éste y aquél no era más que un proyecto fallido, convertido en un rico arsenal de materiales, al cual acudir, si se consideraba oportuno, antes de redactar nuevas leyes.

¿Cómo se compagina entonces esta concesión temprana, inciertamente datable, pero anterior al 31 de agosto de 1258, y lo afirmado en la concesión de 1265? La explicación es la misma que hemos visto en el caso de Burgos. Como habían señalado Marichalar y Manrique, se explicaría esta doble concesión por la distinta forma de hacerse: en 1265 los de Valladolid no sólo reciben el Fuero Real, sino también una serie de privilegios¹⁷⁹.

178. Para encontrar más fácilmente estas modificaciones puede manejarse la edición citada de García-Gallo (vid. supra n 176).

179. MARICHALAR-MANRIQUE, *Historia* cit. III 51-52, cuyos argumentos no son siempre aceptables. Dos observaciones marginales; en una nota nuestra, que

Estas concesiones tempranas a Burgos y Valladolid son discutibles al carecerse del documento de concesión. Veamos otros testimonios. Desde antiguo se viene afirmando que el Fuero Real ha debido estar redactado ya a últimos de 1254 o a primeros de 1255, pues el 14 de marzo de 1255 fue concedido a Aguilar de Campóo:

«et doles et otorgoles à todos comunalmiente que ayan el fuero del mio libro aquel que estava en Cervatos pora siempre iamas»¹⁸⁰.

No faltan autores que, a partir de la existencia previa de ese libro en Cervatos, deduzcan que la primera concesión se hizo a dicha villa, con lo que se adelanta la fecha de su redacción, aunque deba permanecer indeterminada en el año en que recibió caballería el infante inglés. Tampoco faltan autores que, dada la brevedad de la fórmula de concesión, duden sobre su alcance; así, D. Galo, tras recordar, en base a Martínez Marina, esta concesión del Fuero Real a Aguilar de Campóo, añade, «pero no está fuera de dudas este hecho»¹⁸¹. Estas dudas debieron acentuarse, ya que en su «Curso» no menciona esta concesión a Aguilar de Campóo¹⁸².

La mención que se hace de que los de Santander «se han a juzgar por el fuero de Cervatos» en 1295, quizá no resuelva la duda¹⁸³. Aunque dudar es lícito, no deben esquivarse las consecuencias de esta duda. Si Alfonso X no alude al Fuero Real, ¿qué fuero es éste al que el rey sabio califica de «el fuero del mio libro»?¹⁸⁴.

no sabemos de donde procede, encontramos anotada la posibilidad de que en la colección Abella exista una copia de la concesión en 1255 a Valladolid; si resulta equivocada esta noticia, cosa muy probable, algún día quizá intentemos probar que la fecha del 25 de agosto de 1255 ha entrado en la tradición textual del F Real como consecuencia de una errata, dicha fecha aludía a la terminación de las «Flores del Derecho»; quien tenga ganas de divertirse con este mundo fascinante de las erratas, puede leer las páginas de Espinosa sobre el tema

180. MHE I 27 (14-III-1255) 59.

181. Galo SÁNCHEZ, *Historia del Fuero de Soria*, en *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*. Edición y estudio (Madrid 1919) 239.

182. Galo SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho Introducción y fuentes* (8.ª ed. corregida) (Madrid 1952) 80, posición que debió mantener en la novena, última corregida por el autor (Madrid 1960). según muestra la 10.ª (reimp. Valladolid 1980) 79. Cf. *Catálogo* cit. 73.

183. VAQUERIZO GIL-PÉREZ BUSTAMANTE, *Santander 1* (7-VIII-1295) 63-64

184. Vid. infra n. 238 para las razones que nos llevan a pensar que es el Fuero Real.

¿Qué ocurre con la concesión de un libro del fuero a Sahagún? El 25 de abril de 1255, y la fecha tiene su importancia, Alfonso X da un fuero para poner fin a las desavenencias existentes y añade:

«Et mandamos que todas las otras cosas, que aqui no son escritas que se iuzguen todos los de San Fagund christianos, et judios, et moros, por a siempre por el otro fuero, que les damos en un libro escrito et sellado de nuestro sello de plomo»¹⁸⁵.

Si leemos el prólogo del Espéculo encontraremos la frase siguiente: «E por esto damos ende libro en cada villa sellado con nuestro sello de plomo», mientras el Fuero Real afirma: «e diemosles este fuero que es escripto en este libro». Si nos fijamos en estas fórmulas, todo parece llevarnos a admitir —con García-Gallo— que existe una clara alusión al Espéculo, al mencionarse el estar sellado con «nuestro sello de plomo»; pero esta aparente solución no puede evitar un obstáculo: la mención del sello de plomo es normal en la documentación de Alfonso X, al hacer referencia a un criterio de validez; pese a que no se mencione en el prólogo del Fuero Real, es evidente que también la concesión del mismo, se hizo sellada con el sello de plomo regio, como muestran las concesiones individuales que conocemos.

Además, lo que se concede es un «fuero que es escripto en este libro», que recuerda al «otro fuero, que les damos en un libro escrito», mientras en el prólogo del Espéculo se recalca el carácter de libro de leyes que éste tiene, aunque no se desconozca su carácter de fuero en la parte final.

Pero hoy creemos poder añadir un testimonio que resuelve estas interrogantes en favor del Fuero Real. El 23 de noviembre de 1255 Alfonso X concede un nuevo privilegio en favor del abad de Sahagún:

«otorgo que todas las calonnas que dize en el Libro del Fuero que yo di al abbat et al consejo de Sant Fagund, por que se a de júdgar el conceio de Sant Fagund, que dize en el libro que deuen seer del rey, que sean del abbat et del conuento de Sant Fagund et de todos sus sucesores pora siempre iamas»¹⁸⁶

Si nuestra interpretación es correcta, es imposible afirmar que el Fuero Real fue terminado el 25 de agosto de 1255.

185. MUÑOZ 319.

186. ALAMO, *Oña* II 537 (23-XI-1255) 656-657.

11. Si el Fuero Real fue concedido a Aguilar de Campóo y a Sahagún en los primeros meses de 1255, no habría ya, al parecer, razón alguna para desechar una redacción temprana del mismo en 1249, cuando el futuro monarca era todavía el infante Alfonso¹⁸⁷.

Para rechazar la teoría de Rodríguez de Castro, Martínez Marina había subrayado dos fragmentos —Flores del Derecho 1,1,1 y 3— que «indican que la persona a quien se dirigen era rey, o estaba próximo a serlo»¹⁸⁸. Contra esta afirmación objetaron Marichalar y Manrique, que el «maestre Jacobo no hizo leyes, sino que escogió de todas las compilaciones vigentes en su tiempo, las mejores, y que esas palabras se hallan en el texto de las leyes, entre las que tratan de cómo ha de administrar justicia el rey, y que probablemente será de las copiadas del libro de la Nobleza, que sólo se ocupa de las reglas que han de observar los monarcas»¹⁸⁹. Seguramente tales frases no proceden de «El libro de los doze sabios o Tractado de la nobleza y lealtad»¹⁹⁰.

Mientras no se encuentre el modelo de la obra de Jacobo de las Leyes, nada impide pensar que tales alusiones sean de su propia cosecha, pero no parece que pueda coincidirse con Martínez Marina en su alternativa; tales expresiones sólo pueden dirigirse a un monarca. Además, si Flores del derecho 1,2,3 se refiere a Fuero Real¹⁹¹, ¿podría ser calificado de ley el Fuero Real antes de la subida al trono de Alfonso X? ¿Es creíble que Alfonso X redactase un fuero, donde expresamente se reserva al monarca la creación del derecho, en vida de su padre? Si se opta por una respuesta negativa, cae por su base la argumentación del P. Gonzalo, sin tener que invocar la vinculación establecida entre el Fuero Real y el año 1255 en diversas fuentes ya examinadas, aunque en cuanto a su concesión.

Habría que admitir entonces que las Flores del Derecho es una obra redactada en vida de Fernando III, aunque terminada o retocada tras la subida al trono de Alfonso X. Una interpolación «seguendo que manda la uestra ley» no sería de desechar. De aquí la importancia que

187 Vid supra p. 4.

188. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* cit. 194 = 7, 41.

189. MARICHALAR-MANRIQUE, *Historia* cit. III 76-77.

190. WALSH, *El libro* cit. (supra n 13). Cf. p. 84 ss.; 92 ss.

191. Vid. supra p. 4. Cf. ahora Antonio PÉREZ MARTÍN, *El Ordo Iudiciarius «ad summariam notitiam» y sus derivados*, en HID 8 (1982) 67, 71, de la Separata.

cobra la datación del Espéculo y la discusión sobre el ámbito de aplicación del Espéculo y del Fuero Real.

12. Martínez Marina se había inclinado ya a datar el Espéculo como la obra legislativa más antigua de Alfonso X, después del Setenario o, al menos, más antigua que las Partidas¹⁹². Esta afirmación muestra ya las muchas dudas que asaltaban a Martínez Marina, que terminó por afirmar:

«Mientras no se descubran más códices y documentos por donde se puedan resolver todas las dudas y venir en conocimiento de la verdad, me inclino a creer que este cuerpo legal se escribió y publicó poco antes, o acaso al mismo tiempo que el Fuero de las Leyes, esto es, en el año tan señalado en la diplomática por el casamiento de don Doart, el cual corresponde á una parte del de 1254 y a otra del de 1255. y me persuado que el libro de que se hace mención en las famosas cortes de Zamora del año 1274, es este del Espéculo. Esta cláusula no es aplicable a algun ordenamiento, cuaderno ó arancel de los derechos de chancillería, porque semejantes instrumentos nunca se nombraron *libros del rey*, ni al Fuero de las Leyes, en el cual no hay una siquiera que tenga por objeto tasar aquellos derechos, ni al Código de las Partidas, obra que todavía no se comenzara cuando casó don Doart. Pero cuadra bellamente al Espéculo, ora porque este libro fue fecho por corte, según parece de su prólogo, ora porque tiene un título en que se trata por todo él de los selladores, así de la chancillería del rey, como de las ciudades y villas, y del premio o galardón que debían haber»¹⁹³.

En lo esencial son estos los mismos argumentos que se traen ahora a colación, si bien se intenta delimitar más el momento cronológico, a partir del empleo del itinerario de Alfonso X de Ballesteros. El libro tuvo que ser terminado entre el primero de noviembre de 1254 y el primero de noviembre de 1255, año caracterizado por «que don Odarte recibió cauallería». En ese período de tiempo, el monarca estuvo en Palencia en los meses de mayo y junio de 1255; se piensa que la fecha del 5 de mayo es la más apropiada para la presentación del Espéculo, pues en ese día Alfonso X reunió a importantes personajes de su reino para iniciar las negociaciones con S. Luis de Francia, destinadas a concluir un pacto matrimonial¹⁹⁴.

192. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* cit. 181-182 = 7,22.

193. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* cit. 183 = 7,24.

194. CRADDOCK, *La cronología* cit. 367 ss.

Hay que subrayar dos hechos. Martínez Marina no se atrevía a obtener mayores conclusiones de las Cortes de Zamora, probablemente por admitir que el Fuero Real había sido terminado a últimos de 1254 o a principios de 1255, pues ya el 14 de marzo de 1255 había sido concedido a Aguilar de Campóo, concediéndose el 25 de abril a Sahagún. Precisamente por ello debe rechazar la noticia ofrecida por las notas cronológicas que acompañan al Fuero Real alusivas a su terminación en el cuarto año del reinado de Alfonso X; hacen referencia exclusivamente a la terminación de la copia correspondiente¹⁹⁵. Martínez Marina afirma, además, contra el editor de 1781 del Fuero Real, que la cláusula mencionada del Ordenamiento de Cortes de Zamora de 1274 no es adaptable al Fuero Real, «ni en ellas se dice que fuese hecho en las Cortes de Palencia, cuya celebración se ignora, sino *por corte en Palencia*»¹⁹⁶.

Si hoy se puede afirmar que «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 1255»¹⁹⁷, esto sólo se puede hacer negando haber visto concesión alguna del Fuero Real anterior a julio de 1256 y utilizando la fórmula ambigua de una reunión solemne, que no permite concluir si se está ante una reunión de Cortes o ante una reunión de la corte del rey. Pero, por otra parte, la existencia de una tal reunión, solemne además, exigida por una promulgación también solemne, la promulgación del Espéculo, viene determinada por darse el 5 de mayo de 1255 el mencionado documento. ¿En qué consiste ese documento? Es un testimonio ofrecido por Alfonso X al primogénito del rey de Francia, futuro esposo de su hija, de que en las Cortes de Toledo hizo jurar y prestar homenaje a los asistentes en favor de Berenguela:

«ut si nos, non relicto filio superstite de uxore legitima procreato, contingeret ab hac vita discedere, ipsam in Dominam suam et heredem nostram reciperent, et ipsa absque alicujus obstaculo Regni ceptum concenderet ac Regna nostra juxta donum sibi a domino traditum»¹⁹⁸.

195. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* cit. 184-185 = 7,27.

196. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* cit. 185 n. 587 = 7,27 n. 587.

197. CRADDOCK, *La cronología* cit. 373.

198. Wladimiro PISKORSKI, *Las Cortes de Castilla en el periodo de la Edad Media a la Moderna 1188-1520* (Barcelona 1930) 196-197. Vid. p. 111 para este documento.

Dado el carácter del documento no es extraño que no aluda al Espéculo. Ahora bien, el hecho de contener este documento un proemio sobre el sistema sucesorio no obliga a pensar que el Espéculo sea anterior a dicho documento. Al criterio del lector dejamos la valoración de la vinculación existente entre el proemio y el Espéculo¹⁹⁹. Somos de la opinión de que no existe parentesco tal que permita establecer una conexión entre uno y otro. Si no fuera un simple juego, se podría argüir que si «El Espéculo recoge el supuesto de que la hija mayor se ha casado, cláusula que parece relacionarse con el pacto matrimonial ya mencionado»²⁰⁰, dado el carácter casuístico de la regulación del Espéculo, tendría que pensarse que el Espéculo fue redactado, al menos en ese punto, con posterioridad a la redacción del documento mencionado.

La sucesión en la corona del primogénito, prefiriéndose a las mujeres los varones, no es una novedad aportada por el acuerdo entre Alfonso X y el rey francés. Rodrigo Ximénez de Rada recuerda que a la muerte de Enrique I, los castellanos prestan fidelidad a Doña Berenguela, madre del futuro Fernando III:

«ipsi enim, decedentibus filiis, cum esset inter filias primogenita, regni successio debeat, et hoc ipsum patris privilegio probatur»²⁰¹.

Recogía aquí el obispo toledano unos principios que habían quedado perfectamente definidos en el concierto matrimonial entre Berenguela, hija de Alfonso VIII, y Conrado, hijo del emperador Federico I, en 1188²⁰².

La recepción de este principio en Espéculo no puede servir para datar su redacción. Si se pretende establecer una vinculación demasiado estrecha entre el Espéculo y el casamiento de una hija primogénita, ha-

199. Puede verse el parangón en CRADDOCK, *La cronología* cit. 370.

200. CRADDOCK, *La cronología* cit. 371.

201. Roderici XIMENII DE RADA, *De rebus Hispaniae* IX 5. en R. XIMENIUS DE RADA, *Opera* (Reimp. facs. de la ed. de 1793. Valencia 1968) 196. Cf Peter RASSOW, *Der Prinzgemahl. Ein Pactum Matrimoniale aus dem Jahre 1188* (Weimar 1950) 88 ss., quien identifica el privilegio citado por Rada con el que mencionaremos a continuación.

202. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II 499 (23-IV-1188) 857-863. Vid. RASSOW, *Der Prinzgemahl* cit (supra n. 201), en especial 98 ss., para sucesión de las mujeres en el trono.

bría que adelantar entonces su redacción no ya a la época de Fernando III, como insinuaba la RAH, sino a época anterior.

Sigue en pie la necesidad de colocar la terminación de ese libro en Palencia en el año en que recibe caballería el infante inglés y contrae matrimonio, período de tiempo que, con la ayuda del itinerario alfonsino, se limita a un período que va desde el 2 de mayo al 22 de junio de 1255. ¿Alude realmente la cláusula de las Cortes de Zamora de 1274 al Espéculo?

El carácter transaccional que adoptan a veces las decisiones aprobadas en las Cortes de Zamora hace difícil, si no imposible, atribuir las decisiones tomadas allí a algunos de los textos legales alfonsinos. Un ejemplo será suficiente. Hablando de los voceros y abogados establecen su salario, señalando que no tomen más de la «veyntena parte de la demanda», siempre y cuando no rebase ésta la cantidad de cien maravedís. Este límite ya lo conocemos²⁰⁴ y ya sabemos que se encuentra en F. Real y Espéculo; la limitación representada por los cien maravedís es una novedad, que aparece, sin embargo, en P. 3,16,4, que establece que el salario del abogado debe estar en relación con la cuantía del pleito, con tal que «non suba de cient maravedis arriba quanto quier que sea granada la demanda». Las Cortes de Zamora no aceptan así ni la posición del F. Real-Espéculo ni la posición de Partidas; permite pactar como salario una parte de la demanda, si no rebasa cierta cantidad²⁰⁵.

Dentro de este contexto debe examinarse la famosa cláusula²⁰⁶ y compararla con E. 4,13,4. ¿Estamos ante el mismo supuesto? Dejando a los posibles lectores decidir por sí mismo, vamos a prescindir de la valoración que se ha hecho de las dos fechas que aparecen en este ordenamiento de Cortes; según la primera, un libro hecho por Corte en Palencia, el año del matrimonio del infante inglés, regula los salarios de los selladores; según la segunda, el 25 de agosto de 1255 el F. Real fue concedido a los de Burgos.

203. CARLYC I 16 (1274) 14 p. 89.

204. Vid supra p. 4.

205. Sin examinar este problema, puede verse W. DURANTIS, *Speculum iudiciale* I (Neudr. Ausg. Basel 1574. Aalen 1975) 347 = I,4: De Salaria & 3, y la glosa de Gregorio López.

206. CARLYC I 16 (1274) 40 p. 93.

Prescindamos de que se aluda al matrimonio y no a la toma de caballería. Una tasación de los derechos de los selladores se encuentra en E. 4,13,4, que coincide con P. 3,20,5. La fecha excluye —se dice— las Partidas y la ausencia de una tasación de los ingresos de los selladores —no su mención, cf. FR. 1,7,3— excluye el F. Real. Las Cortes de Zamora sólo pueden así aludir al Espéculo.

¿Es esta la única interpretación posible? Hemos dicho en otra ocasión que «la alusión a libro no excluye necesariamente un ordenamiento, arancel, o cuaderno. Esta calificación se utiliza en el ordenamiento de Jerez, de 1268, dado en Sevilla, "Fecho el libro en Sevilla por mandado del Rey"»²⁰⁷. Alfonso X califica también de «libro sellado de mio sello» un cuaderno que recoge diversas cartas de arrendamientos²⁰⁸.

Esta posible identificación la habían adelantado los editores de las citadas Cortes, Asso y De Manuel, en obra que no hemos podido consultar y cuya opinión combatía Martínez Marina²⁰⁹, aunque al parecer sin mucho éxito entre los autores posteriores.

Admitamos por un momento que el reenvío se hace a un arancel, cosa nada extraña si no olvidamos que las Cortes de Sevilla de 1252 son «una ley de tasas»²¹⁰. Este arancel debe fecharse necesariamente en el período comprendido entre el 1 de noviembre de 1254 y el primero de noviembre de 1255, plazo que debe reducirse al comprendido entre el 2 de mayo y el 22 de junio de 1255, en el cual se encuentra en Palencia Alfonso X.

Contra esta afirmación puede siempre oponerse lo siguiente: mientras este arancel no aparece^{210 bis}, parece más probable identificar el li-

207. IGLESIA FERREIRÓS, *Las Cortes* cit 948-949.

208. MHE I 140 (20-VI-1277) 308 Cf. p 324. «Fecho este quaderno» ¿no son libros del rey?

209. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* cit 183 n. 579 = 7,24 n. 579.

210. Vid. Ismael GARCÍA RAMILA, «Ordenamientos de posturas y otros capítulos generales» otorgados a la ciudad de Burgos por el rey Alfonso X, en *Hispania* V 19 (abril-junio 1945) 179-235; 20 (julio-septiembre 1945) 385-439; 21 (octubre-diciembre 1945) 605-650. La afirmación en p. 192. ¿Si en F. Real existe una alusión a los selladores, no parece lógico pensar que se sintiese la necesidad de tasar su exigencias económicas? Cf. para una nota dada sobre la tasa que corresponde a los escribanos en las cartas de los judíos, SÁEZ, *Sepúlveda* 7 (16-X-1257) 17.

210 bis. Cf. la existencia de un arancel para notarios y escribanos en un Ordenamiento de Alfonso X, mencionado en CARLYC I 19 (1293) 5 p. 121; 28

bro hecho por corte en Palencia con Espéculo. Si admitimos este planteamiento, tendríamos que aceptar igualmente las conclusiones que del mismo se derivan: Espéculo se terminó en el período comprendido entre el 2 de mayo y el 22 de junio, quizá el 5 de mayo. Siendo esto así, ¿qué texto legal se concede por Alfonso X a Aguilar de Campóo y Sahagún?

Veamos ahora otro problema. ¿Cuál es el contenido de las llamadas Cortes de Zamora de 1274? Las dificultades que impedían la buena marcha de los pleitos; para superarlas, el monarca pidió consejo a los prelados y religiosos, a los ricos hombres, a los alcaldes de Castilla y de León, que se encontraban con él en Zamora, «e ellos sobre esto ovieron su consejo e dieron cada uno dellos al Rey su respuesta por escrito delo que entendieron. Otrosi los escrivanos e los abogados dieron demás sus escritos sobrello, maguer el Rey non gelo demandó. E el Rey vistos todos los escritos de los consejos que le davan sobresto porque ellos le rogaron que dixiese y lo que toviese por bien e dixo así»²¹¹.

De todas estas contestaciones, la única que resulta interesante en estos momentos es la establecida en primer lugar:

«Que en los pleitos de Castilla e de Estremadura, si non a y abogados segund su fuero, que los non ayan; mas que libren sus pleitos segund que lo usaron. En el regno de León, e de Toledo, e en el Andaluzia e en las otras villas o tienen libros del Rey, que usen de los bozeros, porque lo manda el fuero, mas que sean atales como aqui dira»²¹².

Provisionalmente podríamos decir que Alfonso X distingue entre Castilla y Extremadura, que tienen sus fueros propios, y León, Toledo y Andalucía, que tienen el Fuero Juzgo: finalmente, hay otras villas que tienen «libros del Rey», sin que se pueda determinar cuáles son²¹³.

Hay otras menciones, pero son demasiado vagas; así, cuando se menciona «el fuero de la tierra»²¹⁴; «el fuero de la tierra donde fue-re»²¹⁵, «omes buenos entendidos e sabidores de los fueros»²¹⁶ «que cada

(1301) 5 p. 152-153; 32 (1305) 7 p. 175; 34 (1307) 5 p. 187; 45 (1325) 12 p. 377.

211. CARLYC I 16 (1274) p. 87.

212. CARLYC I 16 (1274) 1 p. 87-88.

213. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* cit. 265 = 10,7, pensaba en F. Real y Partidas.

214. CARLYC I 16 (1274) 4 p. 88.

215. CARLYC I 16 (1274) 9 p. 89

216. CARLYC I 16 (1274) 32 p. 92.

uno libren los del fuero»²¹⁷. Más concretas son las expresiones el libro que «fue fecho por corte en Palencia», «el fuero castellano» dado a Burgos y, finalmente, «e que los quatro alcaldes del regno de León que han siempre a andar en casa del Rey, que sea uno cavallero atal que sepa bien el fuero del libro e la costunbre antigua»²¹⁸.

¿Debe identificarse el libro «fecho por Corte en Palencia» con los libros del rey que tienen diversas villas? Hasta ahora, que sepamos, tal identificación sólo puede realizarse en base a las afirmaciones de García-Gallo, que identifica el Libro del Fuero, del que se conocen concesiones particulares a diversas ciudades y villas a partir de 1255, y el Espéculo. Tal identificación no nos parece convincente, por las razones que hemos expuesto en diversos lugares²¹⁹. Tampoco Craddock acepta esta identificación²²⁰.

¿Cuáles son, entonces, esos libros que tienen las diversas villas? ¿Cuáles son los libros concedidos a Aguilar de Campóo y Sahagún? Al examinar el problema de la vigencia de los textos legislativos alfonsinos quizá podamos obtener una respuesta.

13. Debemos ahora responder a otra pregunta. El libro mencionado en las Cortes de Zamora es un libro realizado en la corte del rey o un libro hecho por las Cortes del reino. Decidir este punto es de cierta importancia, para poder comprender el alcance de la cláusula, tantas veces citada, de las Cortes de Zamora.

Punto de partida para esta discusión puede ser la crítica de Martínez Marina al editor del Fuero Real en 1781, ya conocida²²¹.

Si se lee con atención el prólogo del Espéculo, se obtiene una primera conclusión: el mismo no fue realizado en Cortes, sino que el monarca lo hizo con su corte:

«con conseio e con acuerdo de los arzobispos e de los obispos de Dios e de los ricos omes e de los mas onrados sabidores de derecho que podemos aver e fallar, e otrosi de otros que avie en nuestra corte e en nuestro regno».

217. CARLYC I 16 (1274) 32 p. 92.

218. CARLYC I 16 (1274) 40 p. 93; p. 94; y 17 p. 90. En esta última cita se alude a F. Juzgo. Vid. infra n. 238

219. Vid. nuestros trabajos supra n. 8 y 55 e infra n. 263 y 271.

220. CRADDOCK, *La cronología* cit 372 ss.; 381 ss.

221. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* cit 185 n. 587 = 7,27 n. 587.

No es de extrañar este hecho en un monarca que reivindica para sí el monopolio creador del derecho. En toda su obra legislativa, Alfonso X ha afirmado siempre que el único que puede crear derecho es el monarca, que al monarca corresponde interpretar el derecho y colmar las lagunas legales, y que, en consecuencia, sólo el libro del rey puede utilizarse ante los tribunales de justicia. Y los prólogos de sus diferentes obras no desmienten esta posición.

De aquí que sea necesaria una opción clara: la prescripción de las Cortes de Zamora o alude a un libro realizado por unas Cortes del reino en Palencia o alude a un libro realizado por la Corte del rey.

Hace ya algunos años habíamos señalado que el Espéculo había sido realizado en la corte del rey —y no por Cortes del reino— de acuerdo con la política legislativa alfonsina, por lo que no habíamos entrado a discutir si se celebraron o no Cortes en Palencia, posibilidad rechazada por Martínez Marina²²², al parecer, según hoy se dice, porque no «tenía noticia de la reunión de la corte real en Palencia el 5 de mayo de 1255 documentada por Daumet»²²³. Para cumplir lo prometido, limitémonos a examinar si en Palencia hubo o no una reunión y si esta reunión fue una reunión de la corte del rey o de las Cortes del reino.

- o. Se ha hablado de una «reunión de la corte real», «tal vez en una reunión solemne»²²⁴; probablemente no se quiere aludir a una reunión de las Cortes del reino, pues se dice que el 5 de mayo de 1255, «Alfonso reúne a algunos de los personajes más relevantes de su reino para iniciar oficialmente unas negociaciones con San Luis, rey de Francia»²²⁵.

Ahora bien, si el libro hecho «por corte en Palencia», fuese hecho en unas Cortes del reino en Palencia, automáticamente debería quedar excluido el Espéculo y cobraría entonces mayor probabilidad la realización de un arancel. Dado que no se sabe que se hayan reunido Cortes en Palencia en dicha fecha, debemos dejar a un lado esta posibilidad.

Si se piensa que el libro hecho por corte en Palencia es el Espéculo, entonces todo intento de fijación de una data concreta parece fuera de lugar. Léase de nuevo el fragmento del prólogo del Espéculo reproducido y piénsese si la realización del Espéculo no es el resultado de

222. IGLESIA FERREIRÓS, *Las Cortes* cit. 947-949.

223. CRADDOCK, *La cronología* cit. 373 n. 18.

224. CRADDOCK, *La cronología* cit. 373 y n. 18.

225. CRADDOCK, *La cronología* cit. 368.

una larga gestación, culminada durante el año de la toma de caballería del infante inglés. Es cierto, toda obra, por larga que sea su elaboración, se termina algún día. Decir que un libro «fue fecho» en el año en que recibió caballería determinado personaje, quiere decir que se hizo durante un cierto tiempo y además que se terminó en ese año, pero no permite una mayor concreción. Recuértese la nota cronológica publicada por la RAE en su edición del Fuero Real: «este libro fue fecho e acabado», pero téngase presente además que algunos manuscritos se limitan a decir «este libro fue acabado», como el manejado por Martínez Marina, probablemente Esc. K.II.16; precisamente por ello se puede señalar el día en que se terminó la copia.

Para intentar dar una mayor concreción a ese año, es necesario destacar que la terminación de ese libro hecho por corte en Palencia constituyó un acto solemne; «fecho» no sólo puede significar «fecho»; tiene también que significar «acabado» e incluso «promulgado»²²⁶. Y esa fecha cae el 5 de mayo, cuando el monarca y relevantes personajes, «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)»²²⁷

Parece fuera de lugar discutir si ha existido o no una reunión y además solemne, ya que todo es cuestión de interpretación. En ningún lugar del documento se menciona tal reunión: el documento se inicia con un proemio, donde se recogen reglas sucesorias, sigue la titulación e inmediatamente viene la narración, donde se indica que el monarca, queriendo casar su hija con el heredero francés, la hizo jurar en Toledo como heredera, para el caso de morir sin hijo varón²²⁸, terminando así el documento:

226 CRADDOCK, *La cronología* cit. 371, 373 n. 18. Cf. 375

227. CRADDOCK, *La cronología* cit. 368. Si no se reconoce a «fecho» el valor de promulgado o terminado en un día preciso, sino simplemente el de haberse realizado algo en un período indeterminado de tiempo y F. Real se terminó precisamente en ese mismo año en que recibió caballería el infante inglés parece dudoso que el libro hecho en Palencia pudiera realizarse en un año, si se comenzó a redactar tras la terminación del Fuero Real. Y si se hizo antes, tampoco parece que se haya podido terminar entre el 1 de junio de 1252 y el 3 de mayo de 1255. Vid. *infra* p. 73.

228. No tenemos intención de entrar en problemas diplomáticos, que no nos corresponden. Vid. CRADDOCK, *La cronología* cit. 370.

«In hujusmodi autem concessionis et donationis nostre iudicium presentem paginam sigillo nostro et sigillis inditae conjugis nostre, et domini Alfonso patris nostri comitis de Molina, et charissimorum fratrum nostrorum domini Henrici et domino Philippi yspalensis Electi et domini Sancij Electi Toletani et cancelarij nostri et domini Emanuelis, et venerabilium patrum Burgensis et Palentini Episcoporum, nec non Zamorensis Electi Notarii nostri communitam domino Lodouco serenissimi Regis Francorum primogenito, cui iam dictam filiam nostram matrimonialiter copulari volumus, dignum Iahenni, ad perpetuam rei memoriam assignandam. Data apud Palenciam. Rege exp. quinta die Madii: Didacus Johannis scripsit in era Millesima CC Nonagesima tertia»²²⁹.

Compárense simplemente estos firmantes con los firmantes de la concesión del Fuero Real a Aguilar de Campóo y dedúzcase —si de los firmantes de un documento puede deducirse la existencia de una reunión en la que participan todos los firmantes— la solemnidad de esa reunión del 5 de mayo²³⁰. Sea que se afirme que en esa reunión se firmó el mencionado documento, sea que se afirme que con motivo de esa reunión, pero ya fuera de la misma, se firmó el documento, en ambos supuestos llama la atención el reducido número de firmantes, para un monarca que tenía costumbre de hacer firmar sus documentos solemnes incluso a los reyes moros vasallos, tal como sucede en la concesión del Fuero Real a Aguilar de Campóo²³¹.

Creemos que este documento nada tiene que ver con la terminación del Espéculo, pero si ambos se terminaron en la misma reunión o, al menos, se terminaron en el mismo día, ¿no sería de esperar que aquella caterva de consejeros participantes en la redacción del Espéculo mereciera una más digna representación en la firma del documento?

Y si no se quiere establecer vinculación alguna entre la firma de este documento y la terminación del Espéculo, la fecha del 3 de mayo deviene completamente arbitraria.

No olvidamos que el Espéculo tiene un prólogo, donde se dice que fue dado «en cada villa seellado con nuestro seello de plomo» ¿Es

229. PISKORSKI, *Las cortes* cit. 196-197.

230. La concesión del fuero en *MHE* I 27 (14-III-1255) 57-62

231. Dado que no hemos podido consultar la edición de Daumet de este documento y pese a que Craddock —*La cronología* cit. 368 n. 11— dice que es igual al publicado por Piskorski, remitimos a BALLESTEROS-BERETTA, *Alfonso X* cit. 131, que reproduce parcialmente la ed. de Daumet y enumera los firmantes.

necesario aceptar sin más que haya sucedido así? La conclusión tendría que ser afirmativa, «si se tiene en cuenta que el prólogo es lo último que se escribe en las obras»²³².

¿Pueden estas consideraciones ir contra un hecho, que el autor citado menciona para probar la no aplicación del Espéculo? «No hay, como observa un erudito escritor contemporáneo en un notable trabajo sobre el Espéculo, noticia de que D. Alonso diese este Código a las villas, como se afirma en el proemio, ni esa idea la emite escritor alguno, ni se conserva vestigio de semejante hecho, que hubiera derramado gran luz sobre esta cuestión, en ningún ordenamiento, confirmación, albalá, carta de sentencia, privilegio, ú otro dato conocido»²³³. Aquel principio general —el prólogo es lo último que se escribe— no siempre puede mantenerse.

Y estas conclusiones pueden mantenerse todavía hoy, ya que los testimonios aportados sobre una utilización del Espéculo, tienen un alcance que, como veremos, excluye la vigencia del mismo.

Hay un hecho cierto: el Espéculo, tal como ha llegado hasta nosotros, se presenta como una obra incompleta, conservada en dos manuscritos, uno de ellos mucho más defectuoso e incompleto que el otro²³⁴. Frente a este hecho, se puede decir: el Espéculo se terminó, estuvo vigente hasta la promulgación de las Partidas y su terminación el 5 de mayo de 1255 se prueba por las Cortes de Zamora.

Pero también se puede afirmar: el Espéculo nunca se terminó; por ello nunca estuvo vigente, pese a lo afirmado en el prólogo; pues, aun admitiendo que el prólogo sea el original, nada obliga a admitir que se haya cumplido lo que en él se afirma. Una de dos: o Alfonso X envió a todas las villas de su reino el Espéculo sin prólogo, y tras acabar los envíos redactó el prólogo, o cuando redactó el prólogo, afirmando que daba un ejemplar a todas las villas, todavía no había empezado a realizar tales envíos y expresaba sólo un deseo.

Si prescindimos ahora de las interpretaciones construidas en torno a estos datos, nos encontramos que la primera afirmación reposa, por completo, sobre el prólogo del Espéculo: es decir, sobre la admisión,

232. ANTEQUERA, *Historia* cit. 234.

233. ANTEQUERA, *Historia* cit. 236. El autor citado es Rafael González Llanos, cuyo trabajo no hemos podido consultar.

234. *Opúsculos* cit. I p. II ss.

en base al prólogo, de que el Espéculo se terminó, pues sólo así puede realizarse la identificación llevada a cabo en base a las Cortes de Zamora entre el Espéculo y el libro hecho en Palencia.

No menos hipotético es el segundo planteamiento, pues supone que el prólogo es una expresión de deseos, no un reflejo de lo realmente sucedido. Pero en su favor tiene, amén de evitar una serie de problemas que veremos, el hecho evidente de que no conocemos manuscrito alguno del Espéculo, que contenga más de cinco libros y, al parecer, las únicas citas que se hacen del Espéculo se refieren siempre a estos cinco libros conservados²³⁵, sin mencionar la poca fiabilidad del prólogo por lo que hemos dicho hace un momento.

Es cierto que hay autocitas a libros posteriores del Espéculo, al sexto y al séptimo²³⁶. ¿Quiere ello decir que han sido redactados? Si se leen las citas internas, que hemos recogido, puede comprobarse, amén de confusiones en cuanto al libro donde deben ubicarse determinados títulos, de un lado la forma incierta en que se hacen estos reenvíos a libros posteriores y, de otro lado, que el número de libros planeados para el Espéculo debió ser superior a siete, lo que agudiza más esa ambigüedad de las citas. Y es que esta ambigüedad no tiene otra razón de ser que la no redacción de los libros correspondientes.

En realidad todos estos análisis externos pueden suministrarnos datos muy importantes, pero el valor de los mismos decaen o cuando se asientan en equivocaciones de los copistas o cuando se da una fe demasiado grande a afirmaciones que pueden ofrecer una cierta duda.

Por ello mismo, si estos datos externos deben tomarse en consideración, no pueden prevalecer ante otros criterios no menos legítimos. Volver aquí sobre nuestros antiguos autores, puede ofrecernos ciertos frutos. Al comentar la posición de Martínez Marina afirmaba Sempere:

«Porque si el Fuero Real se formó y comunicó á los pueblos para enmendar los usos que eran *sin derecho, por siempre jamás*, y que *ninguno fuera osado de venir contra él*, ¿a que fin se estaba escribiendo y comunicando al mismo tiempo el *Espejo de todos los de-*

235. Cf. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayos* cit. 183 ss. = 7,25, que sólo cita testimonios de los cinco primeros libros. Joaquín CERDÁ RUIZ-FUNES, *Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla* Edición (Madrid 1951) 7-8. Citamos por la edición especial del AHDE.

236. Vid. IGLESIA FERREIRÓS, *Las Cortes* cit. 954 n. 35.

rechos, é imponiendo penas á los que quebrantaran sus leyes? También es muy reparable la rareza de ejemplares de un código que, según su contexto, se comunicó a muchas villas, y cuyas leyes se encuentran citadas en varios escritos del siglo XIV. Dejando, pues, de hablar de una materia sobre la que tenemos pocos datos, pasemos á discurrir sobre el famoso código de las Partidas»²³⁷.

Si prescindimos de este último consejo de Sempere, es indudable que nos encontramos ante esta situación:

a) Si aceptamos la fecha del 5 de mayo de 1255 para la terminación del Espéculo y la del 25 de agosto de 1255 para la terminación del Fuero Real, es necesario admitir que Alfonso X escribió otro libro, que fue el concedido a Aguilar de Campóo y Sahagún²³⁸.

237. Juan SEMPERE, *Historia del Derecho español*² (Madrid 1844) 273.

238. No nos corresponde a nosotros dar respuesta, pero creemos que se podría decir que Alfonso X da el F. Juzgo; esta respuesta no nos parece admisible, por la terminología utilizada. Alfonso X habla de «el libro yudgo», «el fuero del libro» (*MHE* I 20 (27-IV-1254) 38); «fuero del libro yudgo» (*MHE* I 204 (8-V-1282) 71) para aludir al F. Juzgo, como demostrarían las Cortes de Zamora (*CARLYC* I 16 (1274) 17 p. 90). Mientras el F. Juzgo es el «Fuero del Libro», el F. Real es el «Fuero de nuestro/mio libro» o el «Libro del fuero». La fórmula de concesión es: «otorgoles aquel fuero que yo fiz con consejo de mi corte, escripto en libro et sellado con mio seello de plomo» (Peñafiel, Burgos (ligera variante), Cuéllar, Atienza, Buitrago, Alarcón, Soria, Trujillo, Escalona, Béjar, Madrid, Tordesillas, Valladolid) En Niebla: «damoles el libro de nuestro fuero que nos fiziemos»; en Escalona, en 1264, «nuestro libro del fuero»; el obispo de Badajoz, lo califica «el libro del fuero e de los juyzios»; en Palencia, «las leyes de nuestro libro»; en Aguilar de Campóo, «el fuero del mio libro». Es decir, se da el fuero que hizo el monarca escrito en un libro o se alude al fuero del monarca o al libro del fuero. Por ello nos parece que las fuentes no confirman el título indistinto de «libro del fuero» o «fuero del libro» —así GARCÍA-GALLO, *Nuevas* cit. 654 ss.—; pues en todos los casos aparece la indicación de que ese fuero, escrito en un libro, lo hizo el monarca. Fórmula especial la ofrece Sahagún: «por el otro fuero, que les damos en un libro escrito, et sellado de nuestro seello de plomo», pero al ser confirmado el 23 de noviembre de 1255, el monarca habla de «el libro del Fuero». Esa alusión a que se trata el fuero del rey parece recogerlo también el privilegio que devuelve a los de Miranda su fuero —vid. supra n. 86—, aunque nada seguro se puede decir sin ver el documento. La mención de «el fuero del libro» del prólogo del F. Viejo no quita valor a las afirmaciones hechas; indicamos ya que es un argumento muy frágil, pero al menos cuando Alfonso X se refiere a estas dos obras, a una la califica del «fuero del libro» —Fuero Juzgo— y a la otra de «el libro del Fuero»

b) Si este libro concedido Aguilar de Campóo y Sahagún lo identificamos con el Espéculo, no es posible señalar su conclusión el 5 de mayo de 1255.

c) Si identificamos el mencionado libro concedido a Aguilar de Campóo y Sahagún con el Fuero Real, debemos rechazar que éste fuese terminado el 25 de agosto de 1255.

Hasta el momento se admite que Alfonso X redactó el Setenario, el Fuero Real, el Espéculo y las Partidas, pero nadie mantiene que el primero o el último puedan haber sido concedidos a Aguilar de Campóo o Sahagún; el primero, por su carácter; el segundo, por su fecha de redacción.

Parece así lógico centrarnos en Fuero Real y Espéculo. Si identificamos con Espéculo el libro concedido a Aguilar de Campóo y Sahagún, cae por su base la noticia ofrecida por las Cortes de Zamora —cobra así mayor fuerza la identificación del mencionado libro con un arancel—, pero, a su vez, dejan de existir elementos suficientes para pensar en el Espéculo, ya que si conocemos muchas concesiones individuales del Fuero Real a villas y ciudades —o al menos se admiten como tales— no hay ningún dato, que nos permita afirmar la concesión concreta del Espéculo como libro de leyes a una ciudad o villa.

Nos queda así la tercera opción. Pensemos que ese libro concedido a Aguilar de Campóo y Sahagún no es otro que el Fuero Real. Indudablemente existen zonas oscuras, pero desde el punto de vista de la política legislativa de Alfonso X, que hemos trazado, no hay nada contradictorio.

Mientras en las tierras reconquistadas, carentes de una tradición jurídica cristiana propia, era posible continuar con la política fernandina y conceder el Liber como fuero municipal a las distintas villas y ciudades de Andalucía y Murcia, tal política no podía ser aplicada en Castilla y las Extremaduras, con un derecho propio, derivado de la autonomía municipal, que chocaba necesariamente con las ansias monopolísticas, en el campo de la creación del derecho, del monarca. Esta tradición jurídica propia hacía difícil la restauración completa del Liber, que había ido paulatinamente perdiendo vigencia, sustituido por un

—Fuero Real—, tal como aparece en 1264, en la confirmación a Cuéllar, título que le da también el obispo de Badajoz, aunque completándolo con la alusión «de los juyzios».

derecho nuevo. Se explica así el compromiso de Alfonso X entre el derecho tradicional y el derecho nuevo, compromiso que se refleja en el Fuero Real. Hablar de derecho nuevo sirve únicamente para aludir a ese derecho que aportaba la reivindicación de la creación del derecho por parte del monarca, aunque pudiera ser muy antiguo, léase derecho visigodo o derecho romano. El monarca se apoya en el Liber, a través del Fuero Real, para reivindicar el monopolio legislativo del monarca y poderlo extender a Castilla y las Extremaduras.

14. Antes de hablar del Espéculo, es necesario detenernos en una cuestión previa, que planea sobre toda la investigación histórico-jurídica, ya que Martínez Marina dejó la misma en sombras. No vamos a examinar las distintas respuestas dadas a esta cuestión, pues es objeto de otro trabajo, pero sí queremos señalar al menos algunas consecuencias de este planteamiento. ¿Con qué carácter se dio el Fuero Real? ¿Cuál era su ámbito de vigencia? En resumidas cuentas, Martínez Marina afirma:

«La intención del soberano cuando acordó formarlo y publicarlo fue que tuviese autoridad general en el reino, y que en todas las ciudades y villas con sus aldeas se librasen las causas por el. según parece de la siguiente cláusula de su prólogo .. Pero la intención del monarca no se verificó por entonces, ni en todo el tiempo de su reinado, porque muchas ciudades y villas siguieron gobernándose por sus antiguos fueros, y el de las Leyes solamente tuvo autoridad en los tribunales de corte y en aquellos concejos y pueblos a quienes se comunicó especialmente por vía de gracia y merced. El Rey sabio hizo, no obstante, que se propagase rápidamente, y ya en el año de 1255 le dió a los concejos de Castilla, como dijo el rey don Pedro en su introducción al Fuero Viejo»²³⁹.

Si volvemos a recordar fuentes medievales ya mencionadas, tendríamos que las Cortes de Zamora establecen la concesión del Fuero Real a Burgos, cabeza de Castilla, en 1255 y otro tanto hace, sin fijar fecha, el Fuero de Briviesca. El prólogo del Fuero Viejo afirma que el Fuero Real se dio a los concejos de Castilla, pero añade que se rigieron por él hasta que a petición de los interesados el monarca devolvió a Burgos su fuero antiguo en 1272; y, finalmente, la nota que acompaña a uno

239. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* cit 185 = 7,28.

de los mss. de las Leyes nuevas habla del fuero castellano dado en 1255. Recordemos lo dicho por la crónica alfonsina:

«mando facer el fuero de las leyes en que asumó muy brevemente muchas leyes de los derechos. E diólo por ley e por fuero á la cibdad de Burgos é á otras cibdades é villas del regno de Castiella, ca en el regno de Leon avian e Fuero Juzgo que los godos ovieron fecho en Toledo. E otrosi las villas de las Extremaduras avian otros fueros apartados»²⁴⁰.

¿Hubo o no una concesión general a Castilla? No se conoce, pero, al menos, esa es la idea aceptada en el siglo XIV, como muestra el Fuero de Briviesca y el prólogo del Fuero Viejo²⁴¹. El Fuero Real se da para Castilla, ya que en León tenían el Fuero Juzgo y otro tanto ocurría en Toledo; por su parte, la política fernandina y alfonsina había llevado esta solución a Andalucía y Murcia. Si se admite este planteamiento, sólo Extremadura quedaba fuera de la política alfonsina, pero en 1264 recibió el Fuero Real²⁴².

Precisemos algo más, ya que estas afirmaciones han dado lugar a malentendidos. Debe distinguirse entre la vigencia general del Fuero Real y su concesión o general o municipal. No vamos a volver sobre afirmaciones hechas ya sea por nosotros sea por otros autores²⁴³. Limitemonos simplemente a una constatación: si el riehto es un procedimiento reservado al monarca, como se expresa en Fuero Real 4,25,5²⁴⁴, ¿por qué su regulación en un fuero municipal?

Si se acepta el carácter general con que ha sido redactado el Fuero Real, tendríamos que es un fuero regio —es decir, el libro del rey—, pero no aplicable a todos los reinos del monarca, sino únicamente al reino de Castilla, para el que fue pensado en un principio, según los testimonios ya mencionados, ya que Castilla carecía de libro del rey. Este carácter general se encontraba con un problema práctico, a prescindir de la posible oposición de los municipios y de la nobleza: falta

240. *Crónica del Rey don Alfonso Décimo* cap. IX, en BAE 66 (Madrid 1953. Reimp.) 8.

241. Téngase en cuenta las afirmaciones de B. CLAVERO, *Behetría* (1255-1356), en AHDE 44 (1974) 317 ss.

242. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* cit. 186 = 7,28.

243. IGLESIA FERREIRÓS, *Las cortes* cit. 948 ss.

244. Téngase en cuenta que utilizamos la ed de la RAH.

de copias suficientes para enviarlas a todos los municipios. Ante este problema práctico, pudieron adoptarse dos posiciones diferentes, que no alteraban, sin embargo, el carácter general del Fuero Real: o darlo para todos los concejos de Castilla y proceder posteriormente a enviarlo, o no concederlo a toda Castilla, sino comenzar esta tarea directamente con su concesión a los diferentes municipios y darlo más adelante a todos los concejos de Castilla —como se hizo en Extremadura—. Pero en ambos casos, estas concesiones particulares, aunque cueste trabajo admitirlo, no afectaban a su carácter de derecho regio, es decir, de derecho general para todos los sometidos al rey en Castilla.

Probablemente se siguió el primer camino. ¿Por qué, entonces, las concesiones individuales a diferentes ciudades y villas? Ya lo hemos dicho: creemos que una posible explicación estriba en la falta de copias necesarias o, si se quiere, en la imprevisión regia, explicación que no está reñida, quizá, con las exigencias que debía llevar consigo la forma de hacerse públicas las leyes regias; precisamente estos condicionamientos de publicidad pueden explicar que una vigencia general, para la mentalidad medieval, no esté reñida con concesiones individuales²⁴⁵. En 1264 se concede el Fuero Real «al reino de Extremadura según parece de una cláusula del rico privilegio que el rey otorgó a sus caballeros»²⁴⁶, aunque algunas ciudades o villas tenían ya el mencionado fuero. Pero, ¿cómo se concede? No hemos podido ver el documento manejado por Martínez Marina, del cual se conserva, al parecer, copia en su colección, pero debe tener las mismas características del manejado

245. Vid. IGLESIA FERREIRÓS, *Las Cortes* cit. 949 s. No creemos que sea necesario insistir sobre estas concesiones individuales de una norma general. Baste aquí recordar que el texto de las Cortes de Sevilla de 1252 se conserva en diferentes copias, enviadas a diferentes lugares, lo que ha llevado a afirmar a algún autor que aquella norma general era un privilegio municipal —vid. GARCÍA RAMILA, *Ordinamentos* cit. 179 ss.—. No se puede rechazar así el carácter general para Castilla del F. Real por haber sido concedido individualmente a diferentes municipios; no es suficiente, sin embargo, esta práctica medieval para afirmar el carácter general del F. Real. Al lado de las razones expuestas en favor de ese carácter general, téngase presente que al concederse el Liber a los municipios de Andalucía y Murcia, se manda traducirlo al romance y que desde aquel momento se pase a denominar Fuero de Córdoba o Fuero de Alicante, etc. Nada semejante sucede en las concesiones del Fuero Real, donde el monarca concede el «fuero de nuestro libro».

246. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* cit. 186 = 7,28.

por Marichalar y Manrique, que hacen la misma afirmación, si no es el mismo documento²⁴⁷; el catálogo de fueros de la RAH, que utiliza esta copia de la Colección Martínez Marina²⁴⁸ nos permite concluir que coincide con un documento concedido a Cuéllar por Alfonso X en 1264.

¿Cuáles son los datos más significativos de este documento concedido a Cuéllar?

«Como todos los concejos de estremadura enviassen cavalleros e omnes bonos de los pueblos con quien enviaron pedir merced a la reina doña Yolant, mi mugier, que nos rogasse por ellos, que les tolliessemos algunos agraviamientos que dizien que avien, e que les fiziessemos bien e onrra por gualardonarles el servicio que fizieron aquellos onde ellos vienen a los de nuestro linage, e ellos otrossí a nos...fazemos estas mercedes e estas onrras que son escriptas en este privilegio, a vos los cavalleros e al concejo de Cuellar...e por fazerles mas bien e mas merçed, otorgamos los nuestros privilegios e el libro del fuero que les diemos. Fecho el privilegio en Sevilla, por nuestro mandado, martes, veynt e nueue dias andados del mes de abril, en era de mille e trezientos e dos años»²⁴⁹.

¿Cuáles son las diferencias con el privilegio manejados por Martínez Marina y el redactor del Catálogos de Fueros?

Las mercedes se hacen a los «caballeros et al concejo de Peñafiel» y se fecha el privilegio el 15 de abril de 1264. Con otras palabras, se da para todos los concejos de Extremadura, pero la comunicación se hace individualmente²⁵⁰; y probablemente ocurrió otro tanto con la derogación de esta concesión. En 1265, los de Extremadura acuden a Alfonso X, pidiéndole que les devolviera sus antiguos fueros, a lo que accedió Alfonso X, al menos para los de Alarcón²⁵¹.

Recordemos que tanto Peñafiel como Cuéllar habían recibido en 1256 el Fuero Real, por lo que no plantea mayores problemas la decisión de 1264; lo que se había concedido en un primer momento a algunos concejos determinados, se convierte ahora en derecho regio para todos los concejos. Si llamamos la atención sobre ello, sin embargo, es por otras razones. ¿Por qué se concede individualmente el Fuero

247. MARICHALAR-MANRIQUE, *Historia* cit. III 57-58

248. *Catálogo* cit. 94.

249. UBIETO, *Cuéllar* 21 (29-IV-1264) 60-66

250. Cf. IGLESIA FERREIRÓS, *Las Cortes* cit. 949-950.

251. Vid. ap. II.

Real a diversos municipios extremeños y sólo posteriormente se concederá a todos los concejos de Extremadura? ¿No será una respuesta a la política observada en Castilla donde se concede tempranamente a todos los concejos de Castilla, lo que obliga a concesiones individuales para hacer llegar a todos los lugares el Fuero Real?

En 1257, el 16 de octubre, y la fecha tiene su importancia, Alfonso X establece una serie de normas dirigidas a regular las deudas de los judíos; pero lo más importante es la forma de terminar este privilegio, concedido, se dice, a petición del concejo de Sepúlveda:

«E mandamos que todas estas cosas sobredichas sean tenudas e guardadas fata que les demos el fuero porque sepan como an de fazer sobresto e sobre las otras cosas»²⁵².

Afirmar que este Fuero sea el Fuero Real no parece forzar demasiado las cosas²⁵³. Recuérdese que en 1256 se concede a Cuéllar este mismo fuero y que posteriormente será interpretado y mejorado en 1264, al mismo tiempo que será confirmado.

Y esta actitud alfonsina no es una actitud aislada. Respondiendo a los de Alicante, que le pedían aclaración de una ley del Fuero Juzgo, les contesta aclarando la misma previo consejo con aquéllos que usan del Fuero de Toledo, y añade:

«onde uos mandamos que daqui adelante que lo usedes assi fata que uos nos demos el libro del fuero nuevo que uos auemos de dar»²⁵⁴.

Puede discutirse a qué fuero alude Alfonso X, pero lo que queda fuera de dudas es esta imposibilidad en la que se encuentra de ofrecer a todos los municipios las correspondientes copias.

También puede discutirse si esta concesión a todos los concejos de Castilla ha existido o no, aunque no parece que existan razones importantes para negarlo. Las fuentes que aluden a la misma no son de desear sin más. Probablemente se promulgó para todos los concejos de Castilla, aunque tuviera que darse a los distintos municipios individualmente por razones prácticas. Recordemos, simplemente a título

252. SÁEZ, *Sepúlveda* 7 (16-X-1257) 16.

253. Esta es la opinión de Rafael GIBERT, *Estudios histórico-jurídico*, en *Los Fueros de Sepúlveda* (Segovia 1953) 386.

254. TORRES FONTES, *Documentos* III 48 (16-VII-1258) 67.

de comparación, que en un códice de la primera partida se encuentra la siguiente nota:

«Esta Partida se encomenzó miércoles quatro dias por andar del mes de noviembre, et acabóse miércoles quatro dias andados del mes de marzo. Era de mill et trescentos et ochenta et dos años»²⁵⁵.

Dos de los testimonios más antiguos de concesión del Fuero Real, si se admiten los mismos —Sahagún y Palencia— muestran la concesión del Fuero Real como derecho supletorio, es decir, como un derecho general, al que se debe acudir faltando el especial de los respectivos municipios. ¿Hubo un cambio en la política alfonsina?

¿Realmente puede decirse que Fuero Real tiene un carácter supletorio en Sahagún y Palencia? Recordemos un hecho: tanto en Sahagún como en Palencia existían conflictos entre el señor y los vecinos²⁵⁶ sobre la aplicación del derecho vigente; el monarca interviene para pacificar; aclara o intenta aclarar las causas de discordias, redacta las soluciones por escrito y aprovecha la ocasión, para evitar nuevas discordias, para imponer el Fuero Real. Si en las demás concesiones el monarca —de forma uniforme— da el Fuero Real y completa el mismo con ciertos privilegios, aquí nos encontramos ante la confirmación de ciertos derechos preexistentes, dentro de un ambiente señorial, y la concesión del Fuero Real sin más.

15.—Lograda la reivindicación de la creación del derecho por parte del monarca y dado un primer paso para lograr la unidad jurídica, al establecerla en los reinos donde la misma faltaba de forma más clara, el monarca pudo ya acometer la segunda tarea que se había planteado: la unificación jurídica de todos sus reinos. Se trataba ahora de lograr que todos los vasallos del rey estuviesen sometidos a un mismo derecho, el derecho del Rey. Acomete así Alfonso X la redacción del *Espéculo*, donde se mantiene lo ya logrado: el monopolio legislativo del monarca, pero se completa con la unificación jurídica de todos sus reinos. Como se afirma en el prólogo del *Espéculo*, éste ha sido hecho para que por el mismo «se judguen todos los de nuestros regnos e de nuestro señorío»; ha sido hecho «con conseio e con acuerdo de los

255. Ed. RAH I p. XLI.

256. MUÑOZ 313 y CAAMAÑO, *El fuero* cit. 504 y 508.

arzobispos e de los obispos de Dios e de los ricos omes e de los mas onrados sabidores de derecho que podemos aver e fallar, e otrosi de otros que avie en nuestra corte e en nuestro regno» y para llevarlo a cabo escogió «de todos los fueros lo que mas valie e lo mejor e pusie-moslo, y tan bien del fuero de Castiella, como de León», sin olvidar el «de los otros logares», que a juicio del monarca «eran derecho e con razon»; por ello mismo tampoco olvidó «el derecho por que es per-tenesciente a esto»; es decir, da también un paso adelante en su camino de renovación jurídica.

Desde este planteamiento no parece haber contradicción alguna entre el Fuero Real y el Espéculo, a prescindir de todas las sombras que esta explicación conserva. Recordemos las palabras de un antiguo historiador, que pretendía combatir la opinión de quienes atribuían al Fuero Real un carácter general:

«Quien creerá que el rey Don Alonso el Sabio había de promulgar al reyno *para suplir la falta de Fueros y Leyes*, un Quaderno pequeño y corto, bien que sumamente metódico, de leyes generales quando estaba meditando la grande obra de las Partidas deseada, encomendada, y mandada por su padre San Fernando»²⁵⁷.

Estamos, indudablemente, ante un puro razonamiento, pero que no tiene menos valor que el que pueda construirse sobre una posible errata de un copista. Este razonamiento tiene, a nuestro entender, algunos fallos. En primer lugar, si el Fuero Real sólo es general para Castilla y con el tiempo para las Extremaduras, no parece tan fuera de lugar el acometer la redacción de un derecho general para todos los reinos; en segundo lugar, lo que acomete Alfonso X no son las Partidas, sino el Espéculo.

Si se afirma que el Espéculo fue el primer texto legislativo, inmediatamente se encuentra uno ante aquellas objeciones que los historiadores antiguos trataban de salvar cada uno a su manera. ¿A qué redactar y conceder el Fuero Real, si estaba vigente el Espéculo?²⁵⁸ Si el Espéculo se termina antes que el Fuero Real y si el Espéculo se da para todos los reinos y estuvo vigente hasta la aparición de las Partidas,

257. BURRIEL, *Carta* cit. 92.

258. Nos ocuparemos de estas respuestas en el trabajo mencionado; una posible esquematización de las mismas puede verse infra p. 70.

¿cómo se explica la redacción del Fuero Real y, sobre todo, su posible vigencia?

Este es otro de los puntos oscuros en la interpretación de Martínez Marina, que la historiografía jurídica española ha venido arrastrando.

Se puede resolver la alternativa recurriendo a la explicación de Martínez Marina: el *Espéculo* no fue pensado como derecho general para todos los reinos, sino como derecho del Tribunal del rey. Martínez Marina destacaba entre las cosas notables del prólogo, que acompaña al *Espéculo*, la siguiente:

«Primero: que este libro se comunicó a las villas sellado con el sello de plomo, y se destinó principalmente para que por él se juzgasen los pleitos de alzadas en la corte del rey»²⁵⁹.

¿Qué dice, sin embargo, el prólogo del *Espéculo*?

«E por esto damos ende libro en cada villa seellado con nuestro sello de plomo e toviemos este escripto en nuestra corte, de que son sacados todos los otros que diemos por las villas, por que se acaesciere dubda sobre los entendimientos de las leyes e se alzasen a nos que se libre la dubda en nuestra corte por este libro».

Comparados ambos párrafos, parece haber existido una mala interpretación por parte de Martínez Marina, quizá debido a una mala lectura. El texto del prólogo afirma que se envía a cada villa, sellado con el sello de plomo real, un libro —¿y para qué si debía ser utilizado en las alzadas en la corte?—, conservándose en la corte, sin embargo, lo que podríamos calificar de padrón del *Espéculo*, en base al cual fueron escritos todos los demás libros enviados a las villas, a fin de que si surgía alguna duda y se alzaban al monarca, la duda tendría que ser resuelta acudiendo al libro —padrón— conservado en la corte. Es suficiente con reenviar aquí al O. Alcalá 28,1 o a la prescripción de 1413 de Fernando I, que dio lugar a la primera recopilación catalana, para comprobar el verdadero sentido de la cláusula alfonsina.

No estamos ante un libro legal aplicado sólo en la corte regia, sino ante un libro, que se pretende tenga carácter general, por lo que se proyecta enviar un ejemplar a todas y cada una de las villas²⁶⁰. Si el

259. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* cit. 181 = 7,21.

260. Una variante de la posición de Martínez Marina es la ofrecida por GARCÍA-GALLO, *El «Libro»* cit. 51 ss —cf. *Nuevas* cit. 620 ss.—: afirma que el

Espéculo hubiese aparecido antes que el Fuero Real, la aparición de este texto sería inexplicable. Y ello aun admitiendo la posición de Martínez Marina, ya que, como hemos visto, admite también que el Fuero Real terminó siendo el libro legal de la corte, pero no se paró a explicar esta utilización conjunta de ambos textos legales en la corte regia, utilización que está comprobada para el Fuero Real.

Si Alfonso X había acometido esta obra, que iba a hacer perder la vigencia al Fuero Real, ya que pretendía convertirla en el único libro de leyes aplicable en sus reinos (E. 4,2,16), ¿por qué acomete entonces la realización de las Partidas? Porque el «fecho del imperio» le hizo cambiar de planes e interrumpir la tarea iniciada. El Espéculo se convierte así en una obra fallida, en una obra que se deja sin terminar, para acometer una nueva obra, que sea digna del emperador y que

Espéculo es el libro del rey —lo que es muy cierto—, pero añade que «no alcanzaba a las ciudades y lugares que tenían su propio Fuero», pues «a quienes se ordena juzgar por este libro son los jueces nombrados por el rey, únicos que el Espéculo admite». Pero precisamente aquí radicaba la política regia: sólo podían juzgar los jueces puestos por el rey, sea que fuesen puestos directamente por el monarca, sea que el monarca concediese a determinados señores nombrar los jueces (E. 4,2, pr.). En conexión con esto afirma el monarca: «Fazer deven otrosi por derecho aquellos que an poder de judgar, que si alguno aduxiere libro de otras leyes para razonar por el, quel ronpan luego, e demas fazer aquel que lo aduxo, que peche quinientos mrs. al rey» (E. 4,2,16). Pero los únicos que tienen poder de juzgar, y estan obligados por ello a aplicar el Espéculo, son los nombrados por el rey, sea directa, sea indirectamente. como expresa E. 4,2,pr. En este sentido E. 4,2, pr. supone una cierta atenuación frente a F. Real —¿debido a la presión señorial?— pues si prescindimos de los supuestos de sustitución, es claro que sólo hay dos tipos de jueces —si no queremos llamar jueces a los árbitros nombrados por las partes—: o los nombrados por el rey o los nombrados por los señores autorizados por el rey: «los alcalles, que son puestos para judgar las cibdades e las villas, non los deve otro ninguno poner sino rey, sinon si fuese su heredamiento, que oviese dado el rey a alguno con aquel derecho que el avie, con otro heredamiento, que oviese de parte de su linage, o por casamiento, o por otra manera en que aya tal señorío por que lo pueda fazer». F. Real 1,7,2: «Ningun ome non sea osado de judgar pleitos sí non fuere alcale puesto por el rey, o si non fuere por placer de las partes, que lo tomen por avenencia para judgar algun pleito, o si el rey mandare por su carta a alguno que judgue algun pleito». La novedad de Espéculo es la incorporación de los jueces nombrados por los señores. Esta es la política alfonsina: que todos los jueces nombrados directa o indirectamente por él juzgasen por el Espéculo, política que no se llevó, sin embargo, a la práctica por el «fecho del imperio»

sirva, por ello, para reforzar la posición de un aspirante al imperio. Esta nueva obra no puede basarse ya en los mejores fueros de Castilla y León; esta mención tiene que desaparecer, y tiene que resaltarse la vinculación de la nueva obra al derecho del imperio.

Si no se quiere prescindir sin más del *Espéculo*, como hacía Sempere, si no se quiere admitir que el *Espéculo* ha sido una obra terminada, sí, pero que nunca tuvo vigencia, por ser un simple proyecto, como quería Antequera —explicación que resuelve el problema del *Espéculo*, pero que no explica nada—, si no se puede aceptar, contra los datos ofrecidos por el *Espéculo*, que se haya reducido su aplicación a los tribunales del Rey, como quería Martínez Marina, el único camino abierto parece ser admitir, en base a la tradición textual, que el *Espéculo* fue una obra que no llegó a terminarse, pues el «fecho del Imperio» obligó a Alfonso X a modificar sus planes. De esta manera se ofrece una explicación plausible a la interrupción del *Espéculo*, explicación que se vincula además a la antigua razón aducida para explicar el inicio de las *Partidas*.

El aspirante al Imperio tenía que acometer una obra digna de sus pretensiones²⁶¹. Al interrumpir su obra —el *Espéculo*—, lo redactado hasta el momento se convirtió en un rico arsenal, al que acudir en aquellos supuestos necesarios. Precisamente por tratarse de una obra incompleta, cuando los de Valladolid pidieron al monarca que les aclarase las dudas surgidas en torno a la aplicación del Fuero Real, dudas surgidas en materia procesal, no lo olvidemos, aportación del derecho de la Recepción, el monarca les envía algunas de las leyes preparadas para el *Espéculo*, acomodadas a su nueva finalidad. Y otro tanto ocurre en 1260, cuando se envía por el monarca una ley contra la usura con fórmulas de juramento tomadas del *Espéculo*²⁶².

Estas decisiones sólo pueden ser comprensibles, si pensamos en una no promulgación del *Espéculo*. Si el *Espéculo* estuviese vigente desde 1255, su vigencia habría durado hasta la aparición de las *Partidas* en 1265. La promulgación de las *Partidas* podría explicar el silencio que se hace en torno al *Espéculo*, a partir de aquel momento, pero no

261. La vinculación de la redacción de las *Partidas* al «fecho del Imperio» aparece en SEMPERE, *Historia* cit. 274.

262. Vid. GARCÍA-GALLO, *El «libro»* cit. 45 ss.

sirve para explicar estas concesiones de leyes del Espéculo, en una época en que se presupone vigente.

También se ha señalado recientemente el empleo del Espéculo en una sentencia dada por Alfonso X en 1262. Sería esta una prueba decisiva para demostrar la vigencia del Espéculo: el monarca, para resolver un litigio, acude a su ley, es decir, al Espéculo, que es ley general de todos sus vasallos. Sin embargo, como hemos indicado ya en otro lugar²⁶³, no estamos ante la utilización de una ley vigente para resolver un caso litigioso, sino ante la utilización de un material jurídico, acumulado por el monarca, para establecer una norma, que determine cómo se deberán hacer en el futuro las pesquisas. No demostraría así esta sentencia la vigencia del Espéculo, sino que vendría a confirmar que el Espéculo quedó reducido a un proyecto inacabado a causa del «fecho del imperio».

También se podría decir lo mismo del Fuero Real, ya que algunas de sus leyes han sido concedidas de forma individual a algunos lugares²⁶⁴.

Fuero Real 1,5,4, recoge una regulación de los diezmos que ha sido concedido a todos los concejos de las villas y de las aldeas del obispado de Salamanca el 16 de octubre de 1255²⁶⁵, del obispado de Cuenca el 22 de octubre de 1255²⁶⁶, del arzobispado de Sevilla el 3 de noviembre de 1255²⁶⁷ y del arzobispado de Santiago el 10 de noviembre de 1255²⁶⁸. Pero estas concesiones muestran a la perfección el carácter que hemos atribuido al Fuero Real.

Y aquellos testimonios más o menos indirectos, que ponen de ma-

263. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Breviario, Recepción y Fuero Real: Tres notas*, en *Hom Alfonso Otero* (Santiago 1981).

264. Vid. IGLESIA FERREIRÓS, *Breviario* cit. 149 s

265. *MHE* I 34 (16-X-1255) 70 ss.

266. *MHE* I 35 (22-X-1255) 73 ss.

267. *Libro de las Bulas y pragmáticas de los Reyes Católicos* I (Madrid 1973 Facsímil de la ed. de Alcalá de Henares de 1509) XVIII v-XXI v. Pese a los esfuerzos realizados no hemos podido encontrar un privilegio dado a la Catedral de Sevilla sobre diezmos el 25-II-1255, que menciona Antonio BALLESTEROS-BERETTA, *El itinerario de Alfonso X el Sabio* I (1252-1259 (Madrid 1935) 102, que al parecer ha desaparecido Agradecemos al profesor García Marín y a don Manuel Garrido las gestiones realizadas para encontrarlo

268. *CDGH* 92 (1255) 409-411 Sobre esta ley vid nuestro trabajo citado en n. 263.

nifiesto la existencia de esa regulación de diezmos, tal como sucede para el obispado de Cartagena²⁶⁹, no modifican el cuadro. Es cierto que, hasta cierto punto, jugamos con ventaja, pues siendo esta ley mencionada —tomada de Fuero Real 1,5,4— una ley, que responde a los intereses de la Iglesia, no puede parecer extraño que los arzobispos y obispos hayan pedido la publicación de la misma en todos los concejos de sus arzobispados y obispados, independientemente de que hayan recibido o no el Fuero Real. Mientras no se conozca con exactitud si esta ley fue enviada a todos los arzobispados y obispados castellanos y mientras no se conozcan con exactitud todos los lugares en los que se aplicó el Fuero Real, toda interpretación es posible. Piénsese, por ejemplo, en lo que ha ocurrido en Cuéllar, ya que al menos en este punto estamos algo informados sobre la aplicación del Fuero Real.

Cuéllar recibió el Fuero Real en 1256 y le fue confirmado en 1264; sin embargo, esta confirmación va acompañada de una serie de privilegios, dirigida a desagraviar a sus pobladores:

«De lo que nos mostraron vuestros cavalleros en razón de los diezmos que no osavades coger vuestros panes en las eras, ni encerrar los fata que tañien la campana, e por este logar que perdiades mucho dellos, e vos era gran daño, tenemos por bien e mandamos que cojades vuestros panes cada que quisieredes, e que vos non fagan y otra premia, ni agraviamiento ninguno»²⁷⁰.

No parece exagerado afirmar que se trata de una derogación parcial de Fuero Real 1,5,4, que prohibía diezmar sin haber tañido previamente la campana por tres veces, a fin de que acudiesen los terceros.

La obra alfonsina no aparece así tan complicada. Alfonso X había programado, reivindicando para el monarca la creación del derecho, unificar sus reinos en base a un derecho renovado. El primer paso debía dirigirse a lograr que la tierra carente de un libro del rey, pasase a tenerlo. Redacta el Fuero Real, dado a Castilla y, posteriormente, a las Extremaduras. Acomete a continuación la unificación jurídica de todos sus reinos, comenzando a redactar el *Espéculo*, obra que debió interrumpir por sus aspiraciones imperiales. Este hecho determinó que su primitivo proyecto se viese modificado en su sencillez: las *Partidas*

269. Vid. *supra* p. 26 s.

270. УБИЕТО, *Cuéllar* 21 (29-IV-1264) 61.

se superponían en cierto sentido al Espéculo. Surgía de este modo aquel hecho que tanto escándalo causa: en el giro de dos años —1255-1256— Alfonso X realiza el Fuero Real y acomete la realización —y termina según algunos— del Espéculo y de las Partidas.

Si se acepta el planteamiento que ofrecemos, tales hechos no debieran provocar escándalo alguno. Alfonso X concede en 1255 el Fuero Real y acomete la realización del Espéculo, obra que, cuando se interrumpió, no iba tan avanzada como parece. Si comparamos el Espéculo con las Partidas, cuando se interrumpió su redacción, sólo se habían terminado los cinco primeros libros, correspondientes a las tres primeras Partidas y debe subrayarse que en el Espéculo no se regulaba en su primer libro la materia eclesiástica, pues existía un reenvío al derecho de la Iglesia²⁷¹. Además, la redacción del derecho procesal encontraba un apoyo en las «Flores del Derecho», de Jacobo de las Leyes. Debe así presumirse que los redactores del Espéculo tendrían que estar atareados durante algunos años en su redacción, pues los redactores de las Partidas, que pudieron utilizar los primeros cinco libros del Espéculo, tardaron desde 1256 a 1265 en la terminación de su obra²⁷². Precisamente por ello, Alfonso X realizó previamente el Fuero Real y lo concedió a Castilla y más tarde a Extremadura, en 1264, porque todavía en esta última fecha no estaban ultimadas las Partidas y se había ya abandonado el proyecto del Espéculo.

Desde esta perspectiva la obra legislativa alfonsina no es tan complicada como parece. La triple tarea que se propuso, la pensaba realizar en dos obras —Fuero Real y Espéculo—, aunque la renovación jurídica hubiese quedado, probablemente, en un estadio menos avanzado, si no se hubiera acometido la redacción de las Partidas. El «fecho del Imperio» vino a alterar este esquema en su sencillez e introducir confusión.

Y quedan las Partidas. Pero hace poco nos hemos ocupado de

271. Debe presumirse que tiempo semejante al empleado en la realización de las Partidas se habría empleado en la redacción del Espéculo, si se hubiese llegado a terminar; téngase presente que pese al reenvío existente en el libro primero al derecho eclesiástico, al parecer se pensaba tocar las materias eclesiásticas en un libro posterior a los cinco existentes (vid. IGLESIA FERREIRÓS, *Las Cortes* cit. 954 n. 35), así como en el libro quinto.

272. Para esta datación vid. Jerry R. CRADDOCK, *La nota cronológica inserta en el prólogo de las «Siete Partidas»*, en *Al-Andalus* 39 (1974) 363-390.

ellas²⁷³. Se comprende que no tengamos deseos de ocuparnos de nuevo de las mismas y que no nos atrevamos a agotar la paciencia de posibles lectores, extendiéndonos más en este trabajo.

Granada, 22 de abril de 1982.

Aquilino IGLESIA FERREIRÓS

273. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Alfonso X el Sabio y su obra legislativa: algunas reflexiones*, en *AHDE* 50 (1980) 531-561. No es necesario subrayar que los trabajos de Antonio PÉREZ MARTÍN —vid. supra n. 45, 191— sólo han sido introducidos al corregir pruebas. Vid. nuestro trabajo *Fuero de Alvedrio*, a publicar en el *Hom. a Merêa y Braga da Cruz* y donde nos ocupamos del autor de las glosas al O. Alcalá, que no debió ser Arévalo, y de la identificación del glosador Bena/Vena al Fuero Real con el canonista salmantino Juan Alfonso de Benavente.

APÉNDICES

En la Biblioteca Nacional, Colección Burriel, tomo DD 146, folios 66 R-67 V (la llamaremos primera copia) y 87 R-89 R (la llamaremos segunda copia) hay dos copias de un privilegio dado en las Cortes de Burgos el 15 de agosto de 1417 por Juan I, para confirmar un privilegio de Alfonso X a los habitantes de Alarcón. Puesto que las fotocopias —o el texto fotocopiado— que tenemos de la primera copia son más borrosas que las de la segunda, transcribimos por ésta, aunque debemos subrayar que ambas son copias de un mismo documento; hay además otra razón para ello, como veremos inmediatamente.

La primera copia se debe a dos manos diferentes, la primera de las cuales debía ser bastante menos hábil que la segunda. La segunda copia se debe al mismo P. Burriel. En el fol. 89 R se afirma: «Copia de los privilegios de la villa de Alarcón, obispado de Cuenca, sacada por mí mismo de los pergaminos originales en Alarcón, y en Buenache. Anno de 1725». La transcripción de la primera copia aparece corregida en los márgenes, correcciones que no siempre permite descubrir la fotocopia.

Seguimos fielmente el texto de la segunda copia, que se presenta solamente como una confirmación en la parte final, al copiarse el escatocolo de la confirmación de Juan I, pues no se ha transcrito el protocolo. Este respeto al texto nos ha llevado a mantener los epígrafes existentes en la copia, incluyendo solamente la fecha. No hemos respetado, sin embargo, ni la puntuación, ni el empleo de las mayúsculas, aunque sí la acentuación. Hemos desarrollado las ocasionales abreviaturas, y en este sentido hemos transcrito *años* por *annos*, forma que aparece testimoniada en la copia. Hemos mantenido la alternancia *e/et*. En la copia aparece: «et quando el cavallero muriera e fincare su mugier. .que ante tenia su marido»; después se canceló —al menos eso parece deducirse de la fotocopia— la palabra *tenía*, pese a ello la transcribimos. En la primera copia tampoco aparece esa palabra. En la segunda copia se transcribe: «e lo que de saliere», que en la primera copia se transcribe: «di saliere», corrigiéndose en el margen, corrección cortada en la fotocopia; probablemente se decía «e lo que dent saliere». El nombre de la mujer de Alfonso X se transcribe —nos parece— por «Volant» —cf. MAYANS Y SÍSCAR, *Epistolario* cit. II 203—. pero hemos preferido transcribirlo por «Yolant» —cf. BURRIEL, *Carta* cit. 91—.

La primera copia introduce al final la firma de los confirmantes del privilegio alfonsino por una tercera mano, que no nos atrevemos a identificar con la autora de las correcciones mencionadas ni con el P. Burriel, aunque nos inclinaríamos a pensar que correcciones e incorporación se deben a este historiador.

Las firmas del privilegio alfonsino parecen haber sido tomadas de un privilegio rodado, que podría tener la forma, quizá, del publicado por BERGANZA, *Antigüedades de España* II (Madrid 1721) 157 = 7,2,28, con algún cambio en la colocación de las firmas.

Las firmas se encuentran reproducidas en el fol. 67 V., tras las cinco últimas líneas del privilegio confirmatorio de Juan I. Prescindiendo de estas líneas, podríamos dividir idealmente el folio en tres partes. La parte primera y la central del folio están escritas en el sentido habitual, horizontal; la última y tercera parte está escrita en sentido vertical, a doble columna.

El orden de aparición de las firmas es el siguiente: en la primera parte, a tres columnas, se colocan las firmas de los confirmantes más importantes. Transcribiremos primero —desde el punto de vista del lector— la columna de la izquierda, a continuación la columna central y finalmente la columna de la derecha.

La parte central del folio, sin comenzar a la misma altura, aparece dividida idealmente en dos partes: en la parte izquierda y a doble columna aparecen confirmantes eclesiásticos —en la columna de la izquierda = primera columna— y seculares —en la columna de la derecha = segunda columna—; serán transcritos por este orden. En la parte de la derecha se intenta reproducir la rueda del privilegio, coincidente con la representada en la obra de Berganza. En la palabra signo, entre la *g* y la *n* parece haber una letra o un signo, que la fotocopia no permite apreciar.

Debajo de esta rueda aparecen aquellos confirmantes que son además oficiales regios; también aparecen confirmantes oficiales regios en la parte izquierda de esta franja central del folio, separados de los confirmantes eclesiásticos por dos rayas horizontales; la columna de los confirmantes seculares es más larga que la de los eclesiásticos, pero por debajo de ella se escribe el cargo del segundo oficial y último, que se recoge bajo la columna de los confirmantes eclesiásticos. Esta parte central se cierra con la firma del notario redactor del documento.

La parte inferior del folio aparece escrita verticalmente, a doble columna, desde el margen derecho al margen izquierdo. El epígrafe —no podemos leer lo que parece ser una única palabra— dice: «dos listas del lado izquierdo», advertencia que suponemos hecha no desde el punto de vista del lector, sino del documento, con apoyo en el privilegio rodado publicado por Berganza. En esta doble columna aparecen tres divisiones: los cuatro nombres de la primera división —Arzobispo de Santiago, en la columna de la izquierda = primera columna— y D. Manuel, D. Ferrando y Don Loys —columna de la derecha = segunda columna— los hemos incluido, por razones evidentes, entre los confirmantes importantes. A ellos hemos añadido el rey de Niebla, que aparece debajo de la línea horizontal, que separa las dos primeras divisiones, ocupando las dos columnas.

En la segunda división, a doble columna, aparecen una nueva lista de confirmantes, que estaban a la izquierda —suponemos de la rueda— según indica el epígrafe, es decir, a la derecha del lector. Al final de esta doble columna de firmantes aparecen ocupando ambas columnas los nombres de tres oficiales:

«García Morant Merino Mayor de Leon conf. Roy Suarez Merino de —conf. Don Suero Obispo de Zamora Notario de— Conf.», faltando en estos dos últimos casos el reino en donde ejercen el oficio. Estos tres nombres han sido vueltos a incluir en un hueco, debajo de la rueda, completando el cargo desempeñado, con alguna variante en la transcripción. Hemos transcripto según esta aparición debajo de la rueda en el documento.

Esta segunda división se separa de la tercera por una línea horizontal, debajo de la cual se escribe: «Confirmada esta por Don Juan el 1.º en Burgos, 15 de Agosto de 1417», aunque las dos últimas cifras es una presunción, al estar cortadas en la fotocopia.

El orden de transcripción será, pues, el siguiente: los confirmantes más importantes, comenzando por la columna de la izquierda, a la que seguirán la central y la de la derecha, y añadiendo al final los cinco confirmantes ya mencionados. A continuación transcribiremos las cuatro columnas de confirmantes, que flanqueaban probablemente la rueda: comenzaremos por las dos de la izquierda —primera y segunda columnas— y seguiremos con las dos de la derecha —primera y segunda columnas—, que aparecen, como ya se sabe, en la tercera parte del documento, escritos verticalmente a doble columna, para terminar con los oficiales regios, confirmantes, comenzando con los dos de la parte izquierda de la zona central del folio y siguiendo con los colocados inmediatamente debajo de la rueda reproducida. Concluiremos con la firma del redactor del documento.

Transcribimos fielmente, pero debemos hacer algunas advertencias. Hemos transcripto «Abboabdille», pero probablemente la primera de las dos «bb» ha sido cancelada; hemos transcripto igualmente «Abennazar», pero el copista parece haber transcripto: «Alrnzar». El margen derecho de nuestra fotocopia es defectuoso, por lo que nunca aparece la abreviatura de «confirmat», realizada con el habitual nueve invertido y una «f»: hemos colocado por ello entre paréntesis la indicación de la confirmación. Entre paréntesis y precedido del signo =, lo que el copista no leyó. Entre paréntesis cuadrado colocamos lo que probablemente tenía que estar en el documento copiado y que el copista se olvidó de transcribir.

No hemos sido capaces de leer el nombre del obispo de Burgos —D(eo)gratias?—; al parecer no ha sido bien leído tampoco por el copista, ya que encima de este nombre, que hemos intentado transcribir, se lee entre paréntesis: «dudoso». Hemos transcripto, entre paréntesis: «Aparicio», nombre del obispo de Burgos, que confirma el 27 de julio de 1256 el privilegio de concesión del Fuero Real a Burgos —MHE I 45 (27-VII-1256) 99—.

Parte de este documento puede verse transcripto en BURRIEL, *Carta* cit 91, pero o en esta edición hay muchas erratas —cf. «avit Fuero», «como de bien»— o no utilizó el P. Burriel ninguna de las dos copias registradas, sino una tercera, o corrigió y modernizó el texto, impresión que se confirma si se coteja la transcripción realizada en otra carta del P. Burriel —MAYANS Y SÍSCAR, *Epistolario* cit. II 203—.

El segundo documento se encuentra igualmente en BN. Colección Burriel. DD. 146 fol. 90 V-91 R., y parece haber sido transcripto del original del privilegio alfonsino —MAYANS Y SÍSCAR, *Epistolario* cit. II 195. Cf. 203—. Reproducimos el documento siguiendo los criterios indicados. A señalar que no hemos desarrollado la abreviatura del apellido del escribano.

I

Privilegio del Rey Don Alonso X el Sabio, dando el Fuero y Franquezas a los cavalleros aguisados de la Villa de Alarcón.

26-VII-1256

Conoscida cosa sea a todos los omes, que esta carta vieren, cuemo yo, D. Alfonso, por la gracia de Dios Rey de Castiella, de Toledo, de Leon, de Gallicia, de Sevilla, de Cordova, de Murcia, è de Jaen, por que fallè que la villa de Alarcon non avie fuero complido, porque se juzgasen asi como devien, e por esta razon vinien muchas dubdas, e muchas contiendas, e muchas enemiztades, e la justicia non se complie, asi como devie, yo, el sobredicho Rey Don Alfonso, queriendo sacar todos estos dannos en uno con la Reina Donna Yolant, mi mugier, e con mio fijo, el infante Don Ferrando, dòles e otorgóles aquel fuero, que yo fice con consejo de los de mi corte escripto en libro e scellado con mio scello de plomo, que lo ayan el concejo de Alarcón, tambien de villa como de aldeas, porque se judguen por el en todas cosas para siempre jamas ellos, e los que de ellos vinieren, et demas por facerles bien e merced, e por darles gualardon por los muchos servicios que fficieron al muy noble, e mucho alto, e mucho honrrado Rey Don Alfonso, mio visabuelo, e al muy noble, mucho alto, e mucho onrrado Rey Don Ferrando, mio Padre, è a mi, ante que regnase e despues que regne, doles e otorgoles estas franquezas, que son escriptas en este priuilegio.

Et mando que los cavalleros que tovieren las mayores casas pobladas en la villa con mugieres é con fijos e los que non ovieren mugieres con la conpanna que tovieren desde 8 dias ante de Navidat fasta 8 dias despues de Cinquaesma tovieren cavallos, e armas, el cavallo de trenta moravedís arriba, e escudo, e lanza, e capiello de fierro, e espada, e loriga, e brafoneras, è perpunte, que sean escusados de pecho, e por los otros heredamientos que tovieren en las otras villas de nuestros reynos, que no pechen por ellos. E que escusen sus paniguados, e sus yuveros, e sus molineros, e sus ortelanos, e sus pastores, que guardan sus yeguas e sus ganados, e sus amos, que criaren sus fijos. Estos escusados que ovieren si cada uno oviere valia de cient moravedis en mueble, ò en raiz, en quanto que ovieren o dent ayuso que el puedan escusar; et si ovieren valia mas de cien moravedís, que el non puedan escusar, e que peche al Rey. Et quando el cavallero muriere e fincare su mugier mando que aya aquella franqueza, que ante tenia su marido, mientras que toviere bibdedat. E si casare con cavallero que tenga cavallo e armas, así como sobre dicho es, que aya su franqueza, como los otros cavalleros, et si casare con pechero, que peche. Et si la vibda fijos oviere en su marido, que no sean de edat, sean escusados fasta que sean de edat de dizeseis annos, et si de que fuesen de edat tuvieren cavallos e armas e ficieren fuero como los otros cavalleros, que ayan su honrra e su franqueza asi como los otros cavalleros et si non, pechen

Et otro si otorgo que el concejo de Alarcon que ayan sus montes e sus defesas libres e quitas asi como siempre las ovieron, e lo que dent saliere, que lo metan en pro de su conceillo; e los montaneros e los defeseros, que ficieren, que los tomen a soldada, e que juren en concejo a los alcaldes; e esta jura que la tomen los alcaldes en voz de concejo, que guarden bien sus montes e sus defesas, e que toda quanta pro hi pudiesen facer, que fagan; e lo que dé saliere, que lo den a concejo, para meterle en su pro en lo que menester lo oviere, que pro sea de concejo. Et el concejo que den homes buenos de concejo, a quien den cuenta et recado los defeseros de todo quanto tomaren cada anno, quando quier que ge lo demandaren; et estos homes buenos que den fiadores que aquello que los montaneros les dieren, que lo metan alli ò el concejo mandare, que pro sea del concejo.

Et otro si mando que los cavalleros que puedan facer prados defesados en las sus heredades connoscidas para sus bestias e para sus ganados, e estas deffesas que sean guisadas e con razon, porque non venga ende danno a los pueblos.

Et demas de esto les otorgo que el anno que el concejo de Alarcon fueren en hueste por mandado del Rey, que non pechen marçadga aquellos que fueren en la hueste.

Otro si les otorgo a todos los moradores, que dentro de la villa de Alarcon moraren, que sean escusados de pecho, sacado ende moneda e hueste.

Et otro si mando que los sietmos, que solie aver el juez segun su fuero decia, que ayan la meetad los cavalleros, que sobieren guisados de cavallos e de armas, asi como sobre dicho es, e la otra meetad el juez è los alcaldes.

Otro si mando que todos los clerigos, que son moradores dentro en la villa de Alarcon, que sean escusados asi como los cavalleros escusados.

Et mando e defiendo que ninguno non sea osado de ir contra este privilegio de este mio donadío ni de crebantarle nin de minguarlo en ninguna cosa. Ca qualquier que lo ficiese avrie mi ira e pecharmia en coto diez mil maravedis e al concejo de Alarcon todo el danno doblado.

Et porque este privilegio sea firme e estable mandele scellar con mio scello de plomo.

Fecha la carta en Segovia por mandado del Rey, XXVI dias andados del mes de Julio en era de mil e docientos e noventa e quatro annos andados.

Et yo sobredicho Rey Don Alfonso regnante en uno con la Reyna D.^a Yolant mi mugier e con mio fijo el infante Don Ferrando en Castiella, en Toledo, en Leon, en Galicia, en Sevilla, en Cordova, en Murcia, en Jaen, en Baeza, en Badaloz et en el Algarve otorgo este privilegio e confirmolo.

Las firmas del Privilegio del Rey Don Alfonso, que no se mientan, dicen asi: (Primera parte del folio) (1.^a columna). Don Sancho electo de Toledo Chanziller del Rey conf. Don Phelipe electo de Sevilla conf. Don Abboabdille Abennazar Rey de Granada vasallo del rey confirmat. (columna central). Don Alonso de Molina conf. Don Frederidus conf. (3.^a columna). Don Alfonso ffijo del Rey Johan emperador de Constantinopla [e de la Emperadriz Doña Berenguela] (conf.). Conde Do vasallo del Rey (conf.) Don Loys fijo del Emperador, et de la

emperatriz sobredi(chos conf.). Conde de Belmont, vasallo del Rey (conf.). Don Iohan ffigo del Emperador, et de la Emperatriz sobredi(chos conf.). Conde de Montfort vasallo del Rey (conf.), Don Mahomat Abenmahomat Abenhut Rey de ... (=Murcia) va(sallo) del Rey (conf.). Don Gaston Bizconde de Beart vasallo del Rey (conf.). Don Gui Bizconde de Limoges vasallo del Rey (conf.). (*Tercera parte del folio*) (1.^a columna). Don Iohan Arzobispo de Santiago Chanceler del Rey conf. (2.^a columna). Don Manuel conf. Don Ferrando conf. Don Loys conf. (*bajo la línea de separación de las dos primeras divisiones a una sola columna*). Don Mahomat Rey de Niebla vasallo del Rey conf. *Reproducción de la rueda. (Parte derecha del círculo exterior)*. El Alferecia del Rey vagat. (*Parte izquierda del círculo exterior*). Don Juan García Mayordomo de la Corte del Rey conf. (*Círculo interior*). Signo del Rey Don Alfonso.

(*Parte central del documento*) (1.^a columna). Don (Aparicio) Obispo de Burgos conf. Don Ferrando Obispo de Palencia conf. Don Pedro Obispo de Sigüenza conf. Don Remondo Obispo de Segovia conf. Don Gil Obispo de Osma conf. Don Mathe Obispo de Cuenca conf. Don Benito Obispo de Avila conf. Don Aznar Obispo de Calahorra conf. Don Lope electo de Cordova conf. Don Adam Obispo de Plazencia conf. Don Pasqual Obispo de Jahen conf. Don Fray Pedro Obispo de Cartagena conf. Don Pedriiuanes Maestre de la Or(den) de Calatraua conf. (2.^a columna). Don Nunno Gomez conf. Don Alffonso Lopez conf. Don Symon Royz conf. Don Alffonso Tellez conf. Don Ferrant Royz de Castro conf. Don Pedro Nunnez conf. Don Nunno Guillem conf. Don Pedro Guzman conf. Don Rodrigo Gonzalez el Ninno conf. Don Rodrigo Alvarez conf. Don Fferrant Garcia conf. Don Alffonso Garcia conf. Don Diago Gomez conf. Don Gomez Royz conf. Don Garci Suarez conf. Don Suer Tellez conf. (*Tercera parte del folio*) (1.^a columna). Don Martin Obispo de Leon conf. Don Pedro Obispo de Oviedo conf. Don Suero Obispo de Zamora conf. Don Pedro Obispo de Salamanca conf. Don Pedro Obispo de Astorga conf. Don Leona(r)t Obispo de Cibda conf. Don Miguel Obispo de Lugo conf. Don Joan Obispo de Orense conf. Don Gil Obispo de Tuy conf. Don Joan Obispo de Mondoñedo conf. Don Pedro Obispo de Coria conf. Don Ffray Robert Obispo de Sylve conf. Don Ffray Pedro Obispo de Badaloz conf. Don Pelay Perez Maestre de la Orden de Santiago conf. Don Garci Fferrandez Maestre de la Orden de Alcantara conf. Don Martin ...annez (=Nunnez) Maestre de la Orden de Temple conf. (2.^a columna). Don Alfonso Fferrandez fijo del rey conf. Don Rodrigo Alffonso conf. Don Martin Alffonso conf. Don Rodrigo Gomez conf. Don Rodrigo Ffrolaz conf. Don Johan Perez conf. Don Fferrant Yuannes conf. Don Martin Gil conf. Don Gonzalo Ramirez conf. Don Rodrigo Rodriguez conf. Don Alvaro Diez conf. Don Pelay Perez conf. (*Parte central del documento*) (*Lado izquierdo*). Don Garcia Suarez Merino Mayor del Reyno de Murcia conf. Don Garci Martinez de Toledo Notario del Rei en Castiella conf. (*Debajo de la rueda*). Don Roy Lopez de Mendoza Almirante de la Mar conf. Don Sancho Martinez de Xodar Adelantado de la fron(tera conf.). Don Garci Perez de Toledo Notario del Rey en e(1) Andalu(cia conf.) Garcia Morante Merino Mayor de Leon (conf.) Rov Suarez Merino

Mayor en Gallizia (conf.). Don Suero Obispo de Zamora Notario Mayor del Rey en Leon (conf.). Johan Perez de Cuenca lo escribió el año quinto, que el Rey Don Alfonso regnò.

II

Privilegio de Don Alonso X el Sabio à Alarcon, volviendola sus fueros, usos, y costumbres. Jueves 24 de septiembre era 1303. En Cordova.

24-IX-1265

Connoscida cosa sea a los que esta carta vieren, como ante nos don Alfonso por la gracia de Dios Rey de Castiella, de Toledo, de Leon, de Galicia, de Sevilla, de Cordova, de Murcia, de Jahen, et del Algarbe, vinieron à Cordova, quando nos viniemos de la hueste de Granada, el año segundo que comenzo la guerra, los cavalleros e los omes bonos de Estremadura, e rogaronnos e pidieronnos mercet, que por el servicio que fizieron aquellos onde ellos vienen a nuestro linage e ellos a nuestro padre, e a nos, que les tornassemos e les otorgassemos los fueros, e los usos, e las costumbres que ovieran en tiempo del Rey don Ferrando nuestro padre, e del Rey don Alfonso nuestro visauuelo e de los otros Reyes, que fueron ante dellos, e por esto que serian mas ricos e nos podrien mejor servir e mas de corazon, et nos porque entendimos que era assi como ellos dizien, e por fazerles bien e mercet, tornamos al conceio de Alarcon en aquellos fueros e en los buenos usos e en las buenas costumbres, que ante avie, e otorgamos gelos e mandamos que los ayan daqui adelante. Et porque esta carta sea firme e estable, mandamos la scellar con nuestro scello de plomo. Ffecha la carta en Cordova por nuestro mandado. Yueves veynt et quatro dias de Setiembre en era de mille et trezientos et tres annos. Gil Gomez la ffizo por mandado de Garcia Mèz, el año catorzeno que el Rey don Alfonso regnò.

“LEYES DE LA CHINA”: ORIGENES Y FICCIONES DE UNA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL*

Hoi goza libre la razón su imperio,
Y no las sutilezas con sus bases,
Sino el estudio de las ciencias serio.

Callen el romanismo y sus secuaces;
Nuestros códigos salgan del olvido
Y enséñese mejor en nuestras clases.

El genio nacional allí embebido,
Admiremos sus leyes primordiales
Y las costumbres con que se ha regido.

Su abandono nos trajo duros males
Y la toga española por su oficio
Debe tener ideas tan cabales.

(Prudencio HECHAVARRÍA, *Sátira contra la predilección del Derecho romano*, vs. 418-429).

Una *historia del derecho español*, una actividad intelectual que propiamente responda a la triple denotación del título, no parece identificarse antes de la segunda mitad del siglo XVIII; naturalmente que existen con anterioridad tanto historiadores que, por la misma dilatación de su objeto, incidieron en materia jurídica, como juristas que, por la misma dimensión pretérita —entonces notable— del suyo, hubieron de introducirse en la historia; pero, ya no precedentes entre los que puedan hoy detectarse casos más o menos valiosos, sino una verdadera historia de un derecho cualificadamente español no parece realmente anterior a dicha época¹.

* Ponencia presentada al Coloquio sobre *Cultura Iberica e Diritto romano* organizado por el “Grupo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano” en la Universidad de Sassari, 21-22 de diciembre de 1980.

1. Véase todavía Rafael UREÑA, *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho Español*, Madrid 1906, ps. 43-94; para referencias ulteriores, que pueden puntualizar pero no superan la exposición de Ureña, B. CLAVERO, *Historia, Ciencia, Política del Derecho*, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 8, 1979, ps. 5-58.

En la propia cultura ilustrada ya se distingue de algún modo la misma novedad de la *historia del derecho* que quiere producirse; su principal impulsor en un primer momento, Andrés Marcos Burriel, puede destacar justamente el «vacío», tal como dice, anterior², y su impulsor definitivo en esta época, Francisco Martínez Marina, podrá recordar esta fundada expresión: tal «vacío» ciertamente existía y el mismo Burriel habría contribuido a la «revolución literaria» o cultural que venía ya superándolo³. Entre Burriel y Martínez Marina, por la inteligente y concienzuda labor de investigación histórica desarrollada principalmente por ellos entre 1750 y 1808⁴, el «vacío» efectivamente se colmaba, al menos —aunque no sólo: ahora lo veremos— respecto al elemento fundamental

2. Andrés Marcos BURRIEL, *Informe de la Imperial Ciudad de Toledo al Real y Supremo Consejo de Castilla sobre igualación de pesos y medidas en todos los Reynos y Señoríos de Su Magestad*, Toledo 1758 (y 1780), ps. 156 y 275; y véase nota 18. Para análoga idea todavía, autorizadamente, en 1780, nota 58.

3. Francisco MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua Legislación y principales Cuerpos legales de los Reynos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de D. Alonso el Sabio conocido con el nombre de las Siete Partidas*, Madrid 1808 (1834 y 1845), ps. 103 y 397-398; junto a Burriel, y no sin crítica de alguna de sus posiciones, también incluye entre los responsables de esta “fermentación general y aun cierta revolución literaria”, según su exacta expresión, fundamentalmente a Campomanes, a Floranes y a Asso y De Manuel, de los que el segundo sobre todo merecerá particular atención. Y el uso de este término de “revolución” en el sentido análogo y más preciso de la *revolución científica* del XVII europeo, entre los ilustrados españoles, aun desterrado, Juan ANDRÉS, *Origen, progresos y estado actual de toda la literatura*, Madrid 1784-1806 (*Dell'origine, progressi, e stato attuale di ogni litteratura*, Parma 1782-1799, y eds posteriores), II, ps. 275 y 347, sin atreverse a extenderlo a la España del XVIII, aun subrayando también sus adelantos culturales (II, ps. 361-362).

4. En ello, por un análogo esfuerzo fundacional, sólo podría parangonárseles en la época el ya aludido Floranes, de cuyo singular destino luego trataremos. Y solamente con posterioridad se eleva a título la definición de la materia: Juan SEMPERE y GUARINOS, *Historia del Derecho Español*, Madrid 1822-1823 (1841, 1846 y 1847) pero ésta es obra epigonal de la misma Ilustración, y tampoco las publicaciones antecedentes de Sempere alcanzan especial significación en la fundación y configuración de nuestra historia. Y véanse notas 9, 11, 34, 49, 58, 65 y 74.

de localización y estudio de ciertas fuentes, de lo que el propio Burriel a su modo ya podía ufanarse proclamando el descubrimiento, entre «Fueros» medievales, de «Leyes Fundamentales» de los diversos reinos españoles o, según él estimaba, de la misma monarquía integrada por ellos⁵.

Se identificaban *Leyes* de la monarquía imperante entre antiguos *Fueros* olvidados: de alguna forma, pese a todo, la historia seguía moviéndose en una órbita jurídica; la misma identificación, sobre dicha especie de «leyes», de un *derecho español* como objeto histórico vendría a situarse en un terreno jurídico en el que, particularmente, habría de resultar enfrentado, con precisas implicaciones políticas, a la tradición más general de un *derecho romano*⁶. En el caso de Burriel, que infundirá, según decíamos, un primer decisivo impulso a esta *historia*, ya su mismo acceso a los archivos responde a una operación más amplia de investigación en apoyo de la jurisdicción real frente a las otras jurisdicciones entonces existentes: señoriales y corporativas, o especialmente las eclesiásticas; ya incluso la misma disposición primaria de las fuentes podía ser, entonces, un episodio más de una determinada política, de signo regalista en el caso de Burriel⁷.

Aunque luego su trabajo pudiera ciertamente desbordar dicho marco más estrechamente político, y con ello alcanzar la significación más general que aquí nos interesa. En concreto, y contra los

5. Referencias de nota 16.

6. Puede verse para el contexto del tema, aun conforme a una composición que en parte ha debido cuestionarse (véase nota 46), Román RIAZA, *El Derecho romano y el Derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 12, 1929, ps. 104-124, y Mariano PESET, *Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII*, en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL (AHDE, en adelante), 45, 1975, ps. 273-339, apuntando el primero nuestro tema (ps. 112 y 124) aun sin una mínima penetración.

7. Quedó ya consignado en J. SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del Reynado de Carlos III*, Madrid 1785-1789 (facs. 1969), I, ps. 233-245; y véase José SIMÓN DÍAZ, *El reconocimiento de los archivos españoles en 1750-1752*, en *Revista Bibliográfica y Documental*, 4, 1950, ps. 131-170. Noticias de la época y correspondencia sobre esta investigación, más inventarios de los papeles dejados por Burriel, en *Colección de Documentos Inéditos para la Historia de España* (CODOIN, en adelante), 13, 1848, ps. 229-365.

mismos designios políticos de sus patrocinadores, que preferían reservarse para utilizar de otro modo la información, trascendieron pronto los resultados de la investigación de Burriel; en primer lugar, a través de una extensa carta particular que circuló por los medios ilustrados en versiones manuscritas y fue luego impresa, todavía en nuestra época⁸; será, durante la misma y hasta Martínez Marina, el texto de máxima autoridad en la materia, divulgado a menudo de forma poco reconocida por la que otros autores pudieron lograr a su costa cierto crédito⁹. Junto a ello, un informe sobre legislación de pesos y medidas, suscrito por una corporación pero elaborado realmente por Burriel, sirvió también para difundir sus posiciones¹⁰. Además, los frutos de su trabajo pudieron igualmente comunicarse en la época de forma todavía más solapada pero, quizá, no menos efectiva, por cuanto que sus papeles fueron finalmente confiscados, resultando, según lo inicialmente previsto,

8. A. M. BURRIEL, *Carta a Juan de Amaya* (1751), que se publica, por Antonio Valladares, primero en una versión deficiente en su *Semanario Erudito*, 2, 1787, ps. 64-128, y luego, según copia más fidedigna proporcionada por Jovellanos, en el mismo *Semanario*, 16, 1789, ps. 3-222, con edición también exenta: *Cartas eruditas y críticas del P. Andrés Marcos Burriel*, Madrid, s. f., ps. 3-222. Nuestras citas corresponden por igual a estos dos últimos lugares.

9. Es particularmente el caso de las aportaciones histórico-jurídicas de Ignacio de Asso y Miguel de Manuel (especialmente contenidas en la extensa *Introducción* histórica a sus *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid 1771, y eds. posteriores ampliadas en este apartado), quienes, con cierto motivo, más no sin exageración, llegaron a ser acusados ya entonces de meros plagiarios de Burriel (R. UREÑA, *Observaciones*, cit., ps. 76-78; R. RIAZA, *El Derecho romano*, cit., p. 117), cuyo trabajo en ocasiones, aunque mezquinamente, reconocieron. Lo que resulta indudablemente cierto —otros pormenores están realmente por estudiar— es que, aunque no dejaron de efectuar investigaciones personales, en la composición jurídica de su historia dependen directamente de Burriel, por lo que podemos limitarnos ahora a éste. Y véanse notas 17 y 58.

10. Referencia de la nota 2. Algunas de sus posiciones histórico-jurídicas también se transmitieron a través de Esteban TERREROS, *Paleografía Española*, Madrid 1758, que en lo sustancial también pertenece a Burriel (J. SEMPERE, *Ensayo* cit., VI, ps. 51-52), aunque ello en bastante menor medida, siendo aquí mucho más sumarias las indicaciones en la materia.

de utilidad en alegaciones fiscales, como las de Pedro Rodríguez Campomanes¹¹, y en otros escritos regalistas¹².

Pues bien, sobre todo en aquella carta, extensa y bien argumentada, Burriel procede, en base a sus investigaciones, a la composición de una *historia del derecho español* cuyo primordial objetivo es el de dejar inequívocamente establecido el «orden de preferencia» de las fuentes jurídicas vigentes en Castilla y, por extensión, en la monarquía española¹³, resultando, ante todo, que «las Leyes Romanas no valen más, ni tienen más autoridad en España, que las Leyes de Confucio y otras Chinas, que también están fundadas en gran parte en la equidad, razón y derecho natural»; que el *derecho romano* «no tiene más fuerza de ley que las Leyes de la China»¹⁴.

«Las Leyes Romanas —insistirá— ninguna autoridad tienen en España aun a falta de Leyes del Reyno» desde la propia monarquía visigoda que ya estableció propiamente su prohibición¹⁵; ulteriormente, ajenos al *derecho romano*, los fueros medievales de León y Castilla aparecen, para Burriel, como «Leyes Fundamentales de la Corona», y leyes fundamentales que no habrían derogado un ante-

11. En parte publicados ya en su época, y coleccionados luego en mayor medida por José ALONSO, *Colección de alegaciones fiscales del excelentísimo señor Conde de Campomanes*, Madrid 1841-1843, con las profundas excursiones históricas entonces de rigor. Pero sobre todo podría considerarse dicha utilidad, junto a las otras indagaciones de mediados de siglo, en lo que respecta a los capítulos 18 a 20 de su influyente *Tra- tado de la Regalía de Amortización*, Madrid 1765 (trad. italiana, 1777), reproducida recientemente (Madrid 1975) con estudio preliminar de Francisco Tomás y Valiente, no planteándose la cuestión de sus fuentes.

12. Son extremos, de todos modos, sólo tangencialmente estudiados; puede verse Antonio MESTRE, *Historia, Fueros y actitudes políticas. Mayans y la historiografía del XVIII*, Valencia 1970, ps. 292-313; Alfonso ECHÁNOVE, *La preparación intelectual del P. Andrés Marcos Burriel S. J.*, Madrid 1971, ps. 126-129, 144-146 y 183-186; para un caso concreto de especial alcance, Gonzalo MARTÍNEZ DíEZ, *La Colección Canónica Hispana*, I, Madrid 1966, ps. 76-84. El grueso de los papeles de Burriel se encuentran hoy en la Biblioteca Nacional de Madrid (BN, en adelante), ms. 12985 a 13136.

13. A. M. BURRIEL, *Carta a Amaya*, cit., p. 119.

14. A. M. BURRIEL, *Carta a Amaya* cit., ps. 201 y 207

15. A. M. BURRIEL, *Carta a Amaya* cit., p. 222.

rior «Código general» de la misma que sería el *Fuero Juzgo* de procedencia visigoda, donde se contenía y mantenía dicha directa prohibición del *derecho romano* en España¹⁶; ya en época bajo-medieval, las principales leyes del reino tampoco habrían aceptado, o rechazarían claramente de nuevo, tal *derecho romano*: leyes no menos fundamentales, según Burriel, cuyo conocimiento ha podido permanecer velado al ser luego suplantadas, según sigue su historia, por una recopilación que nunca habría tenido carácter oficial¹⁷.

Tal es el «vacío» —fueros y leyes medievales— que Burriel fundamentalmente denuncia en la anterior «historia del derecho»¹⁸,

16. A. M. BURRIEL, *Carta a Amaya* cit., ps. 36 y 197, *Informe de la Ciudad de Toledo*, cit., ps. 267, 271, 287 y 309, y *Carta a Francisco de Rávago* (1752), ps. 236-239, en *Cartas eruditas*, cit., ps. 230-255.

17. A. M. BURRIEL, *Carta a Amaya* cit., ps. 147-149 y 221, e *Informe de la Ciudad de Toledo* cit., ps. 17 y 44, refiriéndose, en concreto, a las llamadas *Ordenanzas Reales* de Díaz de Montalvo de 1484, la cuestión de cuya problemática autoridad aun incidía en la época en puntos de tanta significación como los de jurisdicción eclesiástica (véase nota 71), pero que, en cualquier caso, tuvo una incidencia histórica bastante superior al *Ordenamiento de Alcalá* de 1348 que ahora se erige en columna vertebral de nuestra historia del derecho; acentuándolo, lo publican en 1774 Asso y De Manuel, quienes, con pretensiones análogas, todavía menos justificadas en este caso, de recuperación y restablecimiento de “Leyes Fundamentales” españolas y en base también a los papeles de Burriel, ya habían editado en 1771 el *Fuero Viejo* de Castilla; también publicaron como interesantes a cortes de la monarquía “española” actas de asambleas bajomedievales —no siempre cortes— de Castilla.

18. Referencias de nota 2, afirmándolo particularmente respecto a la mejor exposición anterior de “historia del derecho” o equivalente en España: la que dejara inédita a finales del xvii Juan Lucas Cortés, que se apropió G. E. FRANKENAU, *Sacra Themidis Hispaniae Arcana, jurium legumque ortus, progressus, varietates et observantiae*, Hannover 1703, reeditado aquí (Madrid 1780) por Cerdá y Rico con la demostración, debida a Mayans (ps. 1-14, que se contenía originariamente en su vida de Ramos del Manzano aparecida en el tomo V, 1752, del *Thesaurus Iuris Civilis et Canonici* de Geert Meerman), de su pertenencia a Lucas Cortés (pero no absoluta: véanse referencia de nota 73 y R. UREÑA, *Observaciones* cit., ps. 17, 36, 46-60 y 67; Frankenau colacionó otros textos y aportó errores propios). Mereció justificadamente menor consideración entre los ilustrados la más cercana exposición de Antonio FERNÁNDEZ PRIETO SOTELO, *Historia del Derecho Real de España*, Madrid 1738 (y

y tal es el efecto buscado de su superación mediante la investigación histórica del caso: el de la definición de un *derecho español* independiente, e independiente sobre todo del *derecho romano*¹⁹; efecto que el mismo Burriel no deja de defender y debatir directamente frente a la opinión general, todavía imperante, de recepción, en cuanto que *ius commune*, del *derecho romano* (también en Castilla, aunque aquí ciertamente *contra legem*: y de ahí la especial fuerza, en su caso, del argumento histórico, o el especial valor *jurídico*, entonces, de su *historia*)²⁰, frente a la consiguiente subsunción de toda historia del derecho mínimamente sustantiva en una común e ineludible historia del *ius civile* de base romanista²¹.

Concede Burriel que las «Leyes Romanas», aun «sin fuerza alguna de ley en España», puedan ser «útiles», mas calificando al paso a sus autores —jurisconsultos y emperadores— de «idólatras, gentiles y enemigos de nuestra santa Religión Christiana»²², esto

1803), con argumentos como el de que no puede discutirse que Eurico fuera nuestro primer legislador porque así lo dejó afirmado “un santo” Isidoro de Sevilla; y, pese a su sustanciosa aportación de fuentes, no muy lejos de esta posición, habiendo llegado a destruir documentos por razones religiosas, Enrique FLÓREZ, *España Sagrada. Theatro geográfico-histórico de la Iglesia de España*, Madrid desde 1747, con todo también poco considerado finalmente en la Ilustración (véase A. MESTRE, *Historia, Fueros* cit., ps. 193-217).

19. A. M. BURRIEL, *Carta a Amaya* cit., p. 183 e *Informe de la Ciudad de Toledo* cit., ps. 157-159.

20. Sobre ello habrá de interesar Carlos PETIT, *Derecho común y Derecho castellano (siglos XV-XVII)*, a publicarse en *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis*.

21. Así, más cercanamente, y aun con todo su resalte del componente “español”, Tomás Manuel FERNÁNDEZ DE MESA, *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los Derechos Nacional y Romano en España y de interpretar aquél por éste y por el propio origen. Dos tratados utilísimos, así para los teóricos como para los prácticos del Derecho español, pues en ellos se incluye la historia de dichos Derechos en esta Monarquía, y principios legales conducentes para formar estas Artes, y se reduce todo a reglas ciertas*, Valencia 1747 (y 1802), por cuya integración en el *ius commune* recibiría la crítica de Gregorio MAYANS, *Cartas morales, militares, civiles i literarias*, Valencia 1773, III, ps. 309-373, especialmente ps. 319-320.

22. A. M. BURRIEL, *Carta a Amaya* cit., p. 193.

es, descalificándolos al paso, reduciendo así radicalmente el alcance de otras ulteriores concesiones que pudieran parecer aún más sustantivas: «gran parte de las Leyes Romanas son fundadas y conformes al Derecho Natural» por lo que pueden «servir de exemplares y guías al Juez» en algunas materias²³ Y de las «Leyes de la China», según vimos, podía predicarse análoga conformidad con el «Derecho Natural».

Lo que importa, a efectos tanto históricos como jurídicos, a los efectos híbridos del caso, es el *derecho español* particular, y no el *derecho romano* común. «¿Importará poco a los Jurisconsultos españoles, Jueces y no Jueces, la indagación y pesquisa sobre cuáles sean, en qué Quaderno están, qué preferencia y qué autoridad tienen, estas mismas Leyes Reales, estos mismos Quadernos patrios, este mismo Derecho español? . . . ¿Bastaría a Jacobo Gothofredo o a Cuyacio lo que supieron de Derecho Romano para ser un buen Abogado o Juez español?»²⁴. Y esta es una cuestión también política de la máxima significación: es cuestión de que se «sepa su voluntad (de Nuestros Reyes) en aquello que de sola ella pende, y no de la de Príncipe alguno forastero»; cuestión de que sea también el rey «único legislador»: de que «los Jueces y Ministros inferiores no (tengan) facultad para alterar un punto de lo que mandan las Leyes del Reyno»²⁵. No constituyen en sí estos postulados regalistas, desde luego, posiciones enteramente originales de Burriel, mas su novedad reside en que se produzcan o fundamenten en una historia críticamente confeccionada, en la misma historia del derecho sustantiva que, sobre dichos supuestos, podrá precisamente desarrollarse como *historia del derecho español*.

En base a tales fuentes «legales», en base a una así específica *historia del derecho español* («orígenes y serie de nuestro Derecho español», «serie no interrumpida de Leyes propias de España desde los godos hasta ahora»...), a una historia de tal modo «ceñida a las Leyes» que son expresión de la «Real voluntad»²⁶, puede, por supuesto, fundarse un derecho de carácter marcadamente regalista. Con tales miras, conviene ciertamente subrayar «quánto im-

23. A. M. BURRIEL, *Carta a Amaya* cit., p. 196.

24. A. M. BURRIEL, *Carta a Amaya* cit., ps. 195 y 200.

25. A. M. BURRIEL, *Carta a Amaya* cit., ps. 198 y 204.

26. *Informe de la Ciudad de Toledo* cit., ps. 155 y 157.

porta el estudio de las Leyes antiguas del Reyno», conviene destacar «que, sin el estudio y reconocimiento profundo de ellas, ni se pueden saber a fondo ni probar y deducir de raíz los derechos gruesos y varios del Rey y de la corona, de las ciudades y partidos, de las Iglesias y clases diferentes del Clero, de los Señores y de la nobleza, y aun de los derechos menores de vasallo a vasallo»²⁷. En base al *ius commune* de tradición romanista y elaboración medieval bajo inspiración canónica e imperial, tales cuestiones venían, por supuesto, ordenándose de forma menos conveniente a esta tendencia, de una forma que ahora, repudiándose dicha tradición en la expresión genérica de *derecho romano*, quiere desconocerse o expulsarse de la propia *historia del derecho*.

Aunque en este rechazo del *derecho romano* por parte de Burriel puede también haber alguna otra motivación que la simplemente regalista, algo más que esta tendencia política que, en lo sustancial, seguía moviéndose en el ámbito, configurado históricamente por el repudiado *ius commune* romano-canónico, del sistema tradicional de jurisdicciones no estatales y de un orden jurídico más doctrinal, todavía, que legal; desbordando, según vimos, ya desde su propia comunicación estas determinaciones primarias, la misma obra de Burriel podrá ciertamente anunciar la superación de sus perspectivas menos liberales en una dirección en la que, como veremos, podrá definitivamente situarse mejor una bien definida *historia del derecho español*. Sus argumentos defensivos del uso jurídico de la lengua castellana parecen, al menos, apuntar en dicha dirección: habiendo tenido «todos —afirma— vergüenza de escribir en romance, imprimiéndose en latín muchas veces chabacano hasta los sermones, y, lo que es más, en latín las glosas de las leyes de las Siete Partidas estando éstas en castellano, no es raro volver a dar en aquella dañosísima tema y más cuando casi nadie sabe latín: el temor de que el latín se pierda es ridículo porque más perdido no se puede ver hoy, y porque para eso hay otras providencias... El otro temor de que se vulgarice la ciencia... es, no sólo ridículo, sino sumamente dañoso...»²⁸. Y aquí siempre

27. A. M. BURRIEL, *Carta a Amaya* cit., ps. 206 y 208.

28. A. M. BURRIEL, *Apuntamientos de algunas ideas para fomentar las letras* (1752), p. 324, en A. ECHÁNOVE, *La preparación intelectual*, cit., ps. 252-327, aunque, a tenor sobre todo de su correspondencia con

en todo caso, la preferencia por la *ley* de expresión común o castellana frente a la *jurisprudencia* de expresión gremial o latina, a lo que desde luego habremos de volver.

El desprecio del *derecho romano*, con todo, resulta en principio bien tajante, mas ello no puede luego ulteriormente sostenerse en forma tan radical, habiéndose en algún grado de corregir su expulsión del ámbito de la *historia del derecho español*. La misma historia —las mismas fuentes— podrán desde luego revelar que, por mucho que se quiera, las «Leyes Romanas» no representan lo mismo que las «Leyes de la China»: «tienen alguna concernencia con España»²⁹; y ello, en la propia obra de Burriel podrá especialmente manifestarse cuando de algún estudio más concreto o monográfico se trata, como el ya citado sobre pesos y medidas.

En él, Burriel no puede dejar de detectar una cierta constancia de las pautas romanas a lo largo de la historia española; ante las mismas contradicciones que presentan en la materia «las Leyes del Derecho español moderno», ha de afirmar que éstas deben resolverse mediante un «examen profundo (que) no puede hacerse debidamente de otro modo que revolviendo todo el Derecho Español antiguo, esto es, desde los Godos y fundación de la Monarquía..., y aun subiendo más allá a sus fuentes y orígenes en el Derecho Romano contraído a España»³⁰; y no se piense que, como así parece, sólo se reconoce tal derecho en la antigüedad, pues luego no dejará tampoco de manifestarse su relativa continuidad sustancial a través de las mismas leyes godas (pronunciándose ahora contra «la falsa idea que algunos modernos nos quieren persuadir

Mayans, el liberalismo de Burriel es desde luego bastante germinal y muy vacilante. Y sobre la implicación corporativista u orcurantista del uso jurídico del latín en la Castilla moderna, F. TOMÁS Y VALIENTE en *AHDE*, 45, 1975, ps. 180-185, y B. CLAVERO, en *AHDE*, 49, 1979, ps. 39-49. En este siglo de ofensiva del derecho castellano frente a otros derechos españoles, ello puede ciertamente presentar otras connotaciones; la intemperancia de T. FERNÁNDEZ DE MESA, *Arte histórica* cit., p. XV («Escribo en Español porque lo soy, y no quiero darte más excusa»), no recibe, desde luego, la aprobación de MAYANS, *Cartas morales*, cit., III, p. 312, a favor en este punto del latín, siendo ambos valencianos y habiendo sido su derecho patrio abolido en 1707 por la monarquía española.

29. A. M. BURRIEL, *Carta a Amaya* cit., p. 15.

30. *Informe de la Ciudad de Toledo* cit., p. 154.

de la ferocidad y barbarie gótica y de su odio y horror contra todo lo que llevaba el nombre *Romano*)³¹ y hasta su misma actualidad, mediante no sólo leyes «Particulares» de España, sino también «Romanas Comunes», apareciendo así finalmente, frente a la anterior noción más indiscriminada de *derecho romano*, un menos antiguo «Derecho común Romano» que, por ejemplo, «estuvo presente en la formación de las Partidas» —constituyentes, se dice, de un «systema universal de Leyes de España»— y, en general, en la historia del derecho de los diversos territorios españoles, apareciendo así justamente en esta misma historia el *ius commune* romano-canónico³².

Y ello podrá tener, igualmente, su trascendencia práctica; tratándose de un programa de unificación de pesos y medidas frente a la pluralidad todavía, como en otras materias jurídicas, existente en España, la común tradición romanista aparece como una base nada despreciable para una política del género: unificadora a la par que —o porque— regalista; unificadora, también, porque tendencialmente más liberal, según aquí puede de nuevo apreciarse³³. Dicho de otra forma, la misma base romanista puede aparecer, políticamente, como un factor de construcción del *derecho español* que, cuando quiere proyectarse o definirse en la historia, se ve obligado entonces a repudiarla.

La cuestión ya va resultando bastante más compleja; por un lado, el antirromanismo constitutivo de la primera *historia del derecho español* puede irse conformando más matizadamente: no se repudia en ella todo *derecho romano*, sino tan sólo aquel que trascendiendo sus demarcaciones (el mismo *ius commune* en cuanto que trasciende a las Partidas o compilaciones «españolas» análogas), puede ciertamente cuestionar los propios supuestos nacionalistas del regalismo o de otras posiciones más desenvueltas; por otro lado, el castellanismo de análoga tendencia tampoco se conduce hasta sus últimas consecuencias: todos los derechos exis-

31. *Informe de la Ciudad de Toledo* cit., ps. 23, 243, 265 y 321.

32. *Informe de la Ciudad de Toledo* cit., ps. 10, 317, 328, 373 y 377. No siendo ésta estrictamente una obra personal de Burriel, siempre podrá pensarse en la intervención de otras manos, pero la cuestión no ha sido considerada y, en la época, todo ello pasó como posiciones de Burriel, con toda su autoridad, a lo cual ahora nos atenemos (véase nota 74).

33. *Informe de la Ciudad de Toledo* cit., ps. 275 y 375-379.

tentes o existidos en la geografía española —el catalán o el aragones, por ejemplo, igual que el castellano— pueden concurrir a la formación de esta historia, por cuanto que todos pueden servir, con el conjunto de sus manifestaciones, para la composición del *derecho español* que de otra forma históricamente no podría concebirse. Aun, indudablemente, con una mayor presencia de un derecho castellano que mejor puede siempre conectarse con la Monarquía o *Estado* que al tiempo se constituye como sujeto principal de esta historia, la ficción de su objeto precisa más, desde estos primeros momentos, dicha especie de antirromanismo que un castellanismo excluyente de otros derechos hispánicos; esta ficción histórica de un *derecho español* que, con toda elocuencia, hemos visto aparecer en la forma de objetivo ineludible de la historia que se erige, por ello, en su objeto permanente: en su propio presupuesto, por encima de la misma historia.

La cuestión va, ciertamente, resultando más compleja, pero, en todo caso, la idea que, en sus términos más generales, viene imponiéndose en la historia en construcción del *derecho español* es la de extrañamiento del *derecho romano*, y la de su extrañamiento, especialmente —parece ser—, en cuanto que orden general o común europeo, o más que europeo, de la mayor parte de la historia jurídica documentable; del *derecho romano* en cuanto que componente primordial del *ius commune* imperante en su período más extenso³⁴. A finales de la Ilustración, Martínez Marina, el autor que con más justicia ha podido merecer el título de padre fundador de una historia del derecho en España, podrá también situarse con cierta precisión en dicho tipo de posición; su fundamental *Ensayo*

34. Para alguna versión más simplista, propia del regalismo menos liberal, Pablo de MORA Y JARABA, *Tratado crítico. Los errores del Derecho Civil y abusos de la Jurisprudencia*. Madrid 1748, ps. 160-164, 188-189 y 212-216; también Joaquín M.^a PALACIOS, *Discurso histórico-cronológico sobre la legislación de España y sobre su método*, en *Introducción al estudio del Derecho Patrio*, Madrid 1803, ps. 31-84, vulgarizador de la vulgarización de las posiciones de Burriel por Asso y De Manuel; o Josef Berni en la obra citada en nota 48, pese a la posición de Mayans en su carta-prólogo a la misma de la que trataremos, y aunque luego (y véase M. PESER ed., G. Mayans, *Epistolario*, IV, *Mayans y Nebot*, Valencia 1975, p. 143) afecte acordarse en este punto con Mayans frente a aquellos otros autores: *Carta de advertencia que escribe el Dr Joseph Berni y Catalá a los eruditos DD. Don Ignacio Jordán de Asso y Don*

histórico-crítico (elaborado también por motivación exterior, aun de carácter primariamente más científico que político, y tampoco aparecido, por sus finales implicaciones políticas, en la forma oficial prevista, aunque publicado por cauces directos y reconocidos)³⁵ resultará suficientemente expresivo al respecto.

El primer «Código legislativo nacional» es también, para Martínez Marina, el *Liber Iudicum* visigodo que, en otros autores, recibe la denominación impropia de *Fuero Juzgo*, correspondiente tan sólo a su versión romance medieval: desde un inicio, Martínez Marina se manifiesta como historiador más escrupuloso que el propio Burriel; y el escrúpulo tampoco faltará al asumir, desde estos fundamentos, la posición contraria al *derecho romano*, produciéndose de forma matizada respecto a sus relaciones históricas con el derecho visigodo: «Las más (de las leyes) —afirma— de (dicho) código legislativo son puramente romanas», o leyes romanas «corregidas y mejoradas»; con él, «nuestros legisladores» primeros quisieron, entre las leyes romanas, «adoptar las justas y equitativas y desechar o reformar las injustas y bárbaras»; con él, también, gracias a la «sabiduría y prudencia» de tal política, pudo finalmente prohibirse de forma tajante la vigencia, como tales y en cuanto tales, de «las leyes romanas». Y el *Liber*, en fin, es godo o español «como no atribuimos el libro de las Partidas a Justiniano, sin embargo, que la mayor parte de sus leyes están tomadas de las Pandectas, sino a don Alonso el Sabio, que las compuso y autorizó»³⁶.

Miguel de Manuel y Rodríguez sobre las Instituciones del Derecho Civil de Castilla, Valencia 1771, ps. 7-8. La confusión final, desde luego, era entonces la norma: Juan Francisco DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las Leyes y sus Intérpretes*, I, Madrid 1765, ps. 88-99, no menos perplejo.

35. Tal *Ensayo* (cit. en nota 3) se confeccionó para servir de estudio preliminar a la edición de las Partidas de la Academia de la Historia, presentándose aquí efectivamente en 1806 y debiendo luego, por la oposición que suscitara, publicarse aparte en 1808; el mismo Martínez Marina lo reelaboró con mayor libertad en las ediciones siguientes citadas, aun sin cambios sustanciales en nuestro tema; la versión final es la reproducida en la *Biblioteca de Autores Españoles* (BAE, en adelante), 194, ps. 3-354. Salvo advertencia y salvo la ortografía, citamos por la ed. de 1808, por circunscribirnos más a nuestra época.

36. F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico* cit., ps. 21-22.

Martínez Marina subrayará la continuidad medieval del derecho visigodo en la doble valencia que así le atribuye de nacionalizador del mejor derecho romano y expulsor, en cuanto tal, de este mismo derecho³⁷; junto a él, afirmará igualmente la presencia de unas fuentes aborígenes: los *Fueros*, «monumentos preciosos en que se contienen los puntos más esenciales de nuestra antigua jurisprudencia y del Derecho Público de Castilla en la Edad Media, y las semillas de muchas costumbres y leyes usadas en estos tiempos»³⁸, estableciendo un concepto legalista de los mismos (costumbres, privilegios, pactos de población o concesiones señoriales calificados históricamente como tales no lo serían propiamente)³⁹ que podrá continuarse, como *historia del derecho español*, en las *leyes* posteriores de los reinos y de la monarquía, según la generalización a la que nuestro autor también tiende pese a ocuparse tan sólo de los casos de León y Castilla.

Pero Martínez Marina tiene aún mayor interés que Burriel en conectar muy directamente las leyes de la monarquía española con aquel primer «Código» visigodo; éste siempre se habría mantenido por encima de los *Fueros*, los cuales «sólo (podrían) influir en los derechos de su vecindario, sin causar novedad en la constitución general» por cuanto que su objeto «no fue alterar sustancialmente la constitución del reino ni mudar sus leyes fundamentales» contenidas siempre en «el Código gótico»⁴⁰. Junto al factor de autonomía municipal entendido en los *Fueros*, la continuidad de este *Código* más general le sirve igualmente para representar en la misma historia principios de carácter estatal y tendencia li-

37. F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico* cit., ps. 27-36, 108-112 y 120-121.

38. F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico* cit., p. 78.

39. F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico* cit., ps. 78-82, añadiendo que estos otros fueros serán «tan útiles para ilustrar la historia y geografía de la edad media como estériles respecto a nuestra antigua jurisprudencia con quien apenas tienen relación alguna»: la inversión por criterios jurídicos presentes de la propia evidencia histórica podía quedar así paladinamente introducida en nuestra historia del derecho.

40. F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico* cit., ps. 103-120.

beral⁴¹; mientras que este segundo puede servir especialmente para el establecimiento de un escenario políticamente estatal, aquellos primeros pueden particularmente utilizarse para introducir la correspondiente ficción de un escenario civilmente liberal: los *Fueros* habrían establecido la «constitución» o «ley fundamental» de la «franqueza y seguridad personal» y de una «igualdad civil» que sobre todo se aplicaría a materia familiar y sucesoria⁴². La imagen de un *derecho español* como objeto histórico puede así cerrarse con toda la proyección del contenido del derecho español que entonces, en la Ilustración racionalista, se propugnaba como objetivo presente.

Y en lo que interesa todavía al *derecho romano*, las Partidas, por su causa y mediante la contraposición de dicho objetivo liberal o racionalista, podrán aparecer a una luz bien poco favorable: «no es una obra original de jurisprudencia, ni fruto de meditaciones filosóficas sobre los deberes y mutuas relaciones de los miembros de la sociedad civil, ni sobre los principios de la moral pública más adaptables a la naturaleza y circunstancias de esta monarquía,

41. F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico* cit., ps. 36-77, notándose aquí alguna diferencia, aunque no sustantiva, entre la versión de 1808 y las posteriores, más explícitas y algo más desarrolladas en la materia parlamentaria (ed. BAE, ps. 35-65), pero en todo caso precavido en la línea que luego veremos, sin llegar a atribuirle verdadera “autoridad legislativa” a las cortes y concilios históricos. Con mayor libertad y tendencia más parlamentaria, en defensa de la constitución de 1812, su *Teoría de las Cortes o grandes Juntas nacionales de los Reinos de León y Castilla. Monumentos de su Constitución política y de la Soberanía del Pueblo*, Madrid 1813, 1820, 1822 y 1867 (y trad. francesa, 1822 y 1824), más Madrid 1979, con introducción de José Manuel Pérez Prendes, que tiende a agotar nuestro problema en un empobrecido debate sobre la naturaleza de las cortes históricas. Y no nos interesa ahora tanto la tendencia ulteriormente más o menos parlamentaria como el mismo paradigma primario: la *historia constitucional* articulada sobre tales supuestos, con lo que problemáticas históricas como la del sistema señorial —como ejemplo más constante de un paradigma diverso en la historia europea— han de quedar recluidas en una especie de paréntesis o desviación insustancial (*Ensayo histórico-crítico* cit., ps. 65-66 y 229-241).

42. F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico* cit., ps. 147-154 y 191-201, y las Partidas, precisamente y como ahora veremos, habrían venido a trastornar esta “constitución” (p. 348).

sino una redacción metódica de las Decretales, Digesto y Código de Justiniano, con algunas adiciones tomadas de los Fueros de Castilla»; no puede alabarse su «empeño en juntar en uno y conciliar derechos opuestos, Derecho nacional y extranjero, eclesiástico y profano, canónico y civil», en base a lo cual «nuestros doctores, como si fueran extranjeros en la jurisprudencia nacional e ignoraran el Derecho patrio y las excelentes leyes municipales... y no conociendo otro manantial ni más tesoro de erudición y doctrina civil y eclesiástica que las Decretales, Digesto y Código y las opiniones de sus glosadores, introdujeron en las Partidas la legislación y las opiniones de sus intérpretes, alterando y aun arrollando toda nuestra constitución civil y eclesiástica en los puntos más esenciales, con notable perjuicio de la sociedad y de los derechos y regalías de nuestros soberanos»⁴³.

Y una conclusión, con todo, ya más general, de nuevo aparentemente sin muchos matices: «Quinientos años de experiencia nos han hecho ver claramente la imposibilidad de que los jóvenes educados en los principios del Derecho romano y familiarizados con las doctrinas de sus glosadores e intérpretes, lleguen a aficionarse y mirar con gusto, y menos a comprender, nuestra jurisprudencia, inconciliable muchas veces con aquellos principios. Luego es necesario desterrar de los estudios generales hasta el nombre de Justiniano...»⁴⁴. ¿De nuevo sin matices? No tanto: parece sólo referirse a determinado *derecho romano* o jurisprudencia de elaboración medieval, según antes ya podía claramente sugerir rechazando en las Partidas tanto *derecho romano* como *derecho canónico* y según ahora plenamente confirmará propugnando, frente a todo ello, una idea racionalista de codificación⁴⁵. Se refería, exactamente, al *ius commune* medieval y moderno, y no al derecho romano histórico, prácticamente ausente por lo demás

Alguna de las valencias de este término de *derecho romano*, dentro de su equivocidad en esta coyuntura crítica de la Ilustra-

43. F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico* cit., ps. 270-273 y 349.

44. F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico* cit., p. 398.

45. Véase B. CLAVERO, *La idea de Código en la Ilustración jurídica*, ps. 74-76, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 6, 1979, ps. 49-88.

ción⁴⁶, puede ir quedando con todo clarificada; así, los perfiles del *derecho romano* que es objeto de rechazo se van mejor dibujando que el de aquel que puede todavía merecer alguna relativa aceptación. Nuestros primeros historiadores del derecho no precisarán de forma apreciable ulteriormente la cuestión; convendrá por ello también acudir a otros testimonios de análoga orientación⁴⁷, a otros autores que, entre los más influyentes representantes de nuestra Ilustración, también se interesaron, y con mayor capacidad de expresión teórica, por la historia. Nos referimos en concreto a Gregorio Mayans y a Gaspar Melchor de Jovellanos, a cuya obra acudimos a tal exclusivo efecto.

En primer lugar, guardando de nuevo la debida secuencia no sólo generacional, sino también de un más limitado, a un más definido racionalismo, veamos el testimonio de Mayans acerca del *derecho romano* que puede merecer admisión⁴⁸. Sus ideas primarias sobre el orden de prelación de fuentes en España son análogas a las ya conocidas de Burriel, quien de hecho debió recibirlas inicialmente de él⁴⁹, aunque, con su muy superior formación jurídica

46. Véase Johannes-Michael SCHOLZ, *Penser les Institutes hispano-romaines*, en *Quaderni Fiorentini*, 8, 1979, ps. 157-178, con oportuna crítica de la reducción usual del tema al binomio "derecho romano"/"derecho nacional", aun situando sus motivos históricos (ps. 172-174) de forma que atiende elementos menos intrínsecos de las diversas posiciones.

47. Y no nos ocupamos aquí, por no incidir en la gestación de la *historia del derecho*, de otras tendencias que, en defensa del sistema constituido, han de refugiarse en una matizada reivindicación del *derecho romano* como *ius commune*: puede verse en B. CLAVERO, *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808*, en *AHDE*, 48, 1978, ps. 307-334. Y véase nota 60.

48. Nos limitamos a la síntesis de "historia del derecho" contenida en su difundida e influyente *Carta a Josef Berni* (1744) que aparece en J. BERNI, *Instituta Civil y Real*, Valencia 1745, y eds. posteriores, preliminares sin paginar; publicándose también en *Cartas morales* cit., III, ps. 99-150, y, en versión latina, en la ed. de Cerdá y Rico de FRANKENAU, *Themidis Arcana* cit., ps. 15-47.

49. Junto a las referencias de nota 12, A. MESTRE ed., G. Mayans, *Epistolario, II, Mayans y Burriel*, Valencia 1972: la dependencia de las posiciones de Burriel respecto a Mayans, en el terreno jurídico, es clara, aunque el primero asegure que, al redactar su carta a Amaya, no tuvo en cuenta la del segundo a Berni, tal vez para soslayar su relativo desa-

y romanista, se manifestará ulteriormente siempre de forma más matizada y coherente respecto al *derecho romano*: «La práctica de alegar el Derecho Romano puramente positivo i no comprobado por el Español es un abuso digno de remedio», pues «no tienen fuerza de Lei las (leyes) que fueron promulgadas por Soberanos estraños, que no han tenido ni tienen jurisdicción en España», pero —añadirá— parte del propio «Derecho Romano consta de preceptos del Derecho Natural» y, en cuanto tal, «deve seguirse, no porque lo ha confirmado el Derecho Romano apropiándose así, sino porque es Derecho Natural i de Gentes, los quales obligan a todo el Género Humano»; ello —subrayará— constituye una «distinción» precisa para «averiguar... el valor y grande autoridad del Derecho Romano en los Tribunales de España, i en casi todos los de Europa, aún después de su abrogación, porque, como la mayor parte del Derecho Romano está sacada del Natural i de las Gentes, es necesario que en lo que toca a estos Derechos permanezca inviolable». El «Derecho Romano» está, en fin, vigente porque representa «la razón de la equidad natural confirmada por la potestad Legisladora»⁵⁰.

cuerdo en materia precisamente de *derecho romano* (ps. 139, 149, 398, 526 y 550); y aparte también la particular sensibilidad de Mayans respecto a la situación de los derechos españoles no castellanos (A. MESTRE, *Historia, Fueros* cit., ps. 61, 258-259, 292 y 405-437). Aun con menor eficacia, por la misma menor receptividad y laboriosidad de éstos en la materia, también orientó directamente Mayans a Asso y De Manuel, preparando este segundo una *Historia de la Legislación de España* que nunca concluyó (correspondencia ed. por M. PESET, en *AHDE*, 36, 1966, ps. 547-574; y véase J. SEMPERE, *Ensayo* cit., IV, p. 7). Sin éxito tampoco, intentó Mayans que, bajo su dirección, un corresponsal suyo más constante elaborase unos *Origen y progresos del Derecho Español* (*Epistolario* cit., IV, especialmente ps. 186-187, 197-200 y 204-207).

50. G. MAYANS, *Carta a Berni* cit., ps. 9-12 de la ed. de la *Instituta* que pagino a efecto de cita. Lo del "abuso" le parece demasiado fuerte a T. FERNÁNDEZ DE MESA, *Arte histórica* cit., p. 148, provocando la dura réplica de Mayans citada en nota 21, y entonces celebrada, al coincidir en esto, por BURRIEL, *Epistolario* cit., II, ps. 391, 395-398, 400-407 y 552 (apareciendo aquel primero conforme a la dicción valenciana de su apellido, Ferrandis, y Mayans conforme al seudónimo que utilizó en su respuesta, Miguel Sánchez).

Un argumento ciertamente tradicional —el *derecho romano* rige por imperio de la razón y no por razón del imperio⁵¹— tiende a asumir un nuevo significado a medida que puede mirarse, como *derecho romano*, más hacia el *derecho natural* racionalista que hacia el *ius commune* escolástico; aquí todavía parece vacilarse entre dichos extremos, o parece no concebirse éstos propiamente como tales, sobre todo por lo que puede implicar de reconocimiento del *ius commune* la alegación, en defensa del *derecho natural*, de la vigencia práctica del *derecho romano*, aunque reconocimiento, bien es verdad, limitado a su vez por cuanto que también quiere dejarse situada la *ley* —y una ley de inspiración análogamente racionalista— sobre la *jurisprudencia*, constituyéndose con todo un contexto escasamente favorable a la pacífica reproducción, como única tradición romanista, del *ius commune*. En todo caso, y en lo que aquí nos interesa, podemos tener con ello una mejor constancia tanto, de una parte, de la misma complejidad de posiciones que podían contenerse en la obra de Burriel, como también, de otra parte, de la potencial manifestación igualmente en signos de *derecho romano* de la más definitiva composición teórica de la *historia del derecho español* representada por Martínez Marina, lo que a su vez, desde luego, complica adicionalmente el tema.

Y, entre ambos, entre Burriel y Martínez Marina, Jovellanos podrá todavía mejor clarificarnos estas contradictorias valencias del *derecho romano* en la encrucijada de la Ilustración. Su posición, en principio, parece bien antirromanista, oponiéndose al mismo estudio del *derecho romano*⁵², pero, en cambio, recomienda la *historia* de tal derecho por la precisa razón de poder manifestarse en ella «los principios purísimos de la justicia original y primitiva, esto es, del derecho natural de que fueron deducidas» sus leyes, entendiéndose que «la primera fuente del derecho roma-

51. Véase en un autor presente en el debate histórico-jurídico de nuestra Ilustración: Arthur DUCK, *De usu et autoritate Juris Civilis Romanorum per dominia Principum Christianorum Libri Duo*, Londres 1689, II, VI, 9-31, con alegación de doctrina hispánica en tal sentido; y véase la referencia de nota 20. Alejandro Guzmán tiene anunciada la publicación de una monografía sobre el tema (véase la síntesis anticipada en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 4, 1979, ps. 135-155).

52. G. M. JOVELLANOS, *Carta a Antonio Fernández de Prado* (1795), p. 146, en *BAE*, 50, ps. 145-148.

no es la misma razón natural»⁵³. Y tal *historia del derecho romano* debe ser precisamente previa a la «historia del derecho nacional» que también se recomienda, y mediante la cual puede ulteriormente accederse al conocimiento, bajo aquel «derecho natural» ya asumido, de la «constitución» concreta de España, destacándose particularmente el capítulo de las cortes o «juntas nacionales» y el de los fueros o «libertades municipales» del período medieval⁵⁴.

Interesa, en la parte que le corresponde, un *derecho romano* pristino como «derecho natural», y no, desde luego, el *derecho romano* de procedencia o elaboración medieval; consecuentemente, también se toman distancias ante las Partidas: «el Código Alfonso» es una mescolanza, entre otros elementos, de «las opiniones de la escuela boloñesa» y del «derecho feudal», por lo que «encierra... mala doctrina», precisando discernimiento⁵⁵. Y, por la misma razón de que sólo interesa el *derecho romano* como expresión de la «razón natural», su estudio, finalmente, puede resultar aleatorio, de convenir o ser factible que se prescindiera de tal rodeo: «Si se

53. G. M. JOVELLANOS, *Reglamento literario e institucional para el Colegio Imperial de Calatrava* (1790), ps. 209-211, en *BAE*, 46, ps. 169-229. En sentido inverso, una formalmente análoga recomendación anterior de dicha historia en P. MORA Y JARABA, *Tratado crítico*, ps. cit. en nota 34: la «historia del Derecho Civil» como «explicación del Derecho Antiguo» con miras, en su caso, descalificadoras y efectos bloqueadores del iusracionalismo, encareciéndose que el derecho romano desatiende «materias fundamentales» entonces como mayorazgos e hidalguías, usura, censos y cambios, patronato y regalías: su horizonte nada liberal puede así apreciarse en la forma como impugna el *derecho romano* porque sus textos históricos no regulan instituciones básicas del *ius commune*, cuya jurisprudencia, en estas posiciones regalistas no liberales, quiere así mantenerse en la sombra o trasvasarse a la ley. La *historia del derecho romano*, resulta enteramente otra en la posición representada por Jovellanos. Y véase nota 60.

54. G. M. JOVELLANOS, *Reglamento de Calatrava* cit., ps. 211-213. ..

55. G. M. JOVELLANOS, *Reglamento de Calatrava* cit., p. 212, sin recogerse sus otras alusiones al contenido, también, de «buena doctrina» en las mismas Partidas y por lo que en otros lugares puede valorarlas más positivamente, incluso al extremo de desconectarlas entonces de «las doctrinas de la Escuela Boloñesa», siempre así negativamente consideradas: *Carta a Juan Francisco Masdeu* (1800), p. 241, en *BAE*, 86, ps. 236-243.

consideran (las leyes romanas) como una colección de sentencias derivadas de los más puros principios de justicia natural, es claro que el que haya estudiado fundamentalmente estos mismos principios podrá por medio de una buena lógica deducir de ellos mayor número de consecuencias igualmente sólidas y ciertas, y, lo que es más, podrá asentir más íntima y firmemente a su verdad»⁵⁶. Como diría Burriel, tanto valen a tal efecto las leyes de la China «que también están fundadas en gran parte en la equidad, razón y derecho natural»⁵⁷, o sobre las que —diríamos nosotros— podría proyectarse de igual forma un derecho natural racionalista.

Y, en lo que toca a la *historia del derecho español*, no es necesario que saquemos la conclusión de que Martínez Marina encarna precisamente el ideal teorizado por Jovellanos, cuyas respectivas obras pueden así clarificarse mutuamente; el mismo Jovellanos lo hará por nosotros, ahorrándonos la reflexión. El *Ensayo* de Martínez Marina —nos dirá— contiene «además de un rico tesoro de erudición escogida y recóndita, otro de máximas políticas y morales, tan luminosas, tan sólidas y tan firmemente expuestas que, de cierto, no se pudieran esperar en el tiempo y situación en que se escribieron, puesto que esta luz de libertad e independencia apareció entre nosotros en el mismo punto en que las tinieblas de opresión y abatimiento acababan de cobijar todo el continente español»⁵⁸.

56. G. M. JOVELLANOS, *Carta a Prado* cit., p. 146.

57. Referencia de nota 14.

58. G. M. JOVELLANOS, *Carta a lord Holland* (1808), p. 349, en *BAE*, 86, ps. 348-350, refiriéndose tanto a las circunstancias de las diversas reacciones antiilustradas tras 1789 como, más particularmente, a las de la invasión francesa de 1808 con la que buena parte de los liberales españoles, comprendidos Jovellanos y Martínez Marina, no se identificaron. Antes de Martínez Marina, todavía Jovellanos podía apreciar la carencia de una historia del derecho entre nosotros; así, en ocasión señalada en 1780, concluía con tal idea su discurso de ingreso en la Academia de la Historia: *Sobre la necesidad de unir al estudio de la Legislación el de nuestra Historia*, en *BAE*, 46, ps. 288-298 (mejor edición: José Caso ed., G. M. JOVELLANOS, *Obras en prosa*, Madrid 1970, ps. 69-102); y ello aunque valore justamente lo realizado hasta el momento: *Carta a Prado* cit., p. 147, rechazando, para el estudio que programa de la historia del derecho, a Fernández de Mesa y a Castro, y recomendando a Frankenau/Lucas Cortés, Mayans, Burriel y Asso y

Historia de «juntas nacionales» y de «libertades municipales» bajo la «soberanía» de una corona o «Estado» que estaría presente desde el «código» visigodo; *historia* de «igualdad civil» y de «franqueza personal» afirmadas desde aquel otro elemento fundamental de la «constitución histórica» de España que serían los «fueros» medievales, o bajo la inspiración de una razón o *derecho natural* ya manifestado en el *derecho romano* que se impuso en Europa; he aquí el paradigma más sustantivo de esta *historia del derecho español*: racionalista y liberal, evidentemente, pero, frente a otros racionalismos y liberalismos, con la fuerte moderación impresa por la propia forma de su expresión histórica. Con acentos que pueden recordarnos al mismo Burriel, bien que con los nuevos temores de finales de siglo, lo explicaría paladinamente el propio Jovellanos: «Creyóse... que la publicación de nuestros antiguos diplomas podría desenterrar algunos derechos olvidados o despertar algunas ideas dormidas, y este temor, tan vano como funesto a la literatura, ha crecido y aun para algunos se ha justificado con los sucesos de nuestro tiempo... Pero, si de una parte es cierto que la verdad, cualquiera que ella sea, no puede dejar de ser provechosa, de otra, no lo es menos que los que quieren revolver y trastornar no buscan su apoyo en la autoridad, sino en el raciocinio, no en los ejemplos de la antigüedad que menosprecian, sino . en sistemas soñados que forja la razón y en los medios de fuerza y corrupción que les proporciona la ignorancia de los pueblos»⁵⁹.

Pero no nos interesa aquí tanto, en sí, esta política, como su efecto de conformación de la propia historia jurídica, con unos *códigos* y unos *fueros* «españoles» que pueden representar cautelosamente el mismo orden político y civil de vocación universal del racionalismo liberal, o con un *Estado* y un *derecho* igualmente «españoles» que, constituyéndose en presupuesto indeclinable de

De Manuel, aun criticando al mismo tiempo los planteamientos de estos dos últimos (y véase B. CLAVERO, *La disputa del método* cit., ps. 310-311 y 320-322): situándose en posiciones sustantivamente antiliberales, pese a su decidida adopción de una retórica racionalista, habrían sido así incapaces de progresar respecto al mismo Burriel.

59. G. M. JOVELLANOS, *Carta a Masdeu* cit., ps. 238 y 240, uniendo expresiones de dos diversas versiones conservadas.

tales órdenes, pueden demarcar su mismo establecimiento; eventualmente, también, con un *derecho romano* que puede coadyuvar a aquella representación.

El *derecho romano*, en su caso, sólo interesa prácticamente en cuanto que mito racionalista, esto es, en cuanto que no fuera historia efectiva, sino signo de una «naturaleza humana» que se imprime en la *historia* para que —precisamente— informe al *derecho*, y de una «naturaleza» cuyos Imperativos de razón pueden de igual forma sustancialmente atemperarse con su manifestación mediante fuentes históricas. Lo cual, con toda su significación, ha quedado ciertamente más apuntado por nuestros teóricos que desarrollado por nuestros historiadores⁶⁰. De hecho, siendo bastante pobre en nuestra Ilustración la presencia de la cultura romanista moderna de signo racionalista⁶¹, podrá aquí mejor arraigar aquel rechazo más indiscriminado del *derecho romano* en su *historia*; podrá mejor desenvolverse una *historia del derecho español* sustancialmente extrañada de la tradición romanista, con el «vacío» sobre todo, por su más efectiva y prolongada presencia histórica, del *ius commune* romano-canónico y, con él, de toda la jurispruden-

60. Con su propia tradición, la operación formalmente análoga pero sustantivamente inversa de legitimación iusnaturalista del *ius commune* todavía vigente, tampoco falta entre nuestros autores; así, claramente, en T. FERNÁNDEZ DE MESA, *Arte histórica* cit., ps. 146-147; y, en su réplica, no deja de apuntar a su modo, moderadamente, en la dirección propiamente racionalista o liberal G. MAYANS, *Cartas morales* cit., III, ps. 368-369: rechaza esta identificación entre “derecho romano” actual y “razón natural”, por resultar entonces dicho derecho “sin causa o razón”, “haciendo así erróneo el Derecho Natural en todo lo que erró el Derecho Romano”. Como ya advertíamos de diversa forma en notas 46, 53 y 58, se trataría en fin de que la analogía de los recursos, con toda su confusión por la misma conveniencia para la defensa ante su crisis del sistema establecido de servirse de los nuevos tópicos culturales, no estorbe el reconocimiento y análisis de una diversidad bien sustantiva de posiciones que ya así podía entonces en ocasiones marcarse.

61. Véase, especialmente, M. y J. L. PESET, *La Universidad española (siglos XVIII-XIX). Despotismo ilustrado y Revolución liberal*, Madrid 1974, ps. 292-309; más específica, pero también más confusamente, Antonio JARA, *Derecho natural y conflictos ideológicos en la Universidad española, 1750-1850*, Madrid 1977. Por mi parte, referencias de notas 45 y 47.

cia básica del derecho bajomedieval y moderno; ahora, dicha jurisprudencia podrá constituir un exponente de posiciones que, inicialmente, rechazar o en el que, eventualmente, proyectarse⁶², pero no fuente, junto a otras y en su inmenso valor, de conocimiento de la historia jurídica⁶³. Y, en fin, para las restantes valencias del *derechō romano*: el derecho histórico de la antigüedad ni siquiera ha entrado propiamente en liza, no aplicándosele en cualquier caso mínimamente las exigencias críticas ya bien definidas en otros capítulos⁶⁴, y el de la cultura racionalista moderna, censuras mediante, ha quedado prácticamente desplazado de antemano⁶⁵, que hoy todavía se resiste a entrar en nuestra historia

62. A veces, desde luego, forzadamente; así, póstumamente editado, *Defensa del doctor Francisco Martínez Marina contra las censuras dadas por el Tribunal de la Inquisición a sus dos obras: Teoría de las Cortes y Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación de España*, Madrid 1861, habiendo de recurrir a una lectura liberal de la jurisprudencia "española" tradicional, que podía serle familiar por su misma formación eclesiástica (mientras que, y pese a situarse en esta tendencia, según vimos, nunca se introdujo realmente en la jurisprudencia humanista y racionalista), pero cuyo conocimiento desde luego no le ha servido en otro caso como fuente propia de la historia del derecho.

63. Puede apreciarse en este punto el contraste de la efectiva presencia de la doctrina en FRANKENAU/LUCAS CORTÉS, *Themidis Arcana* cit., claro que aquí, anteriormente, esta jurisprudencia había de atenderse como fuente jurídica, no estando ciertamente presente como fuente histórica: la diferencia, también, es sustancial, por mucho que hoy sea el servicio que realmente nos pueda rendir en la segunda dirección.

64. Algunos en la primera *historia del derecho español* no se arredran desde luego ante este capítulo, pero sin desplegar en él evidentemente especiales méritos y sin conseguir realmente integrarlo en la historia particular del caso; así, aunque nunca especialmente crítico ante las fuentes ni riguroso en sus posiciones, J. SEMPERE, *Historia del Luxo y de las Leyes suntuarias de España*, Madrid 1788, I, ps. 10-34, tendiendo sintomáticamente hacia lo general y literario, aparte la consabida proyección sustantiva de cierto racionalismo. Pero véanse, además, notas 67, 69 y 74.

65. En la época, la jurisprudencia humanista moderna, entre títulos de sabor histórico, aparece en Manuel M.^a CAMBRONERO, *Ensayo sobre los orígenes, progreso y estado de las Leyes españolas* (1803), ed. en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 13, 1858, ps. 5-25 y 161-169, pero no, realmente, en función histórica (la paternidad del mismo título ya es dudosa), sino directamente jurídica: dichas páginas constituyen de hecho,

del derecho, ni siquiera en el mínimo grado que, con imágenes anacrónicas como la de «derecho supletorio», suele ya aceptarse la inclusión del *ius commune*⁶⁶.

El *derecho romano* y la *jurisprudencia* no estaban realmente ausentes del debate ilustrado, ni aun siquiera del debate más propiamente histórico-jurídico, por lo que puede resultar todavía más significativa su ausencia de la *historia del derecho español* que en él se genera. En primer lugar, autores destacados e influyentes en dicho debate, como es particularmente el caso de Mayans, ya hemos podido apreciar que no expulsan enteramente dichos elementos de su horizonte jurídico, no dejando de contribuir a su investigación y estudio⁶⁷, pero ello no incidirá, ni en los

según también se señala en un segundo título de la misma edición, el proyecto de una irrealizada obra de *Instituciones*, en cuyo ámbito podrían ciertamente encontrarse otros ejemplos análogos (véase B. CLAVERO, *La disputa del método* cit., ps. 313-319). En otro extremo, la amplia y acertada consideración de la jurisprudencia humanista y racionalista, incluidos (en base a Meerman/Mayans) sus contados representantes españoles, por J. ANDRÉS, *Origen, progresos y estado* cit., II, ps. 259-263 y X, ps. 428-470, situándose en el terreno de una historia general de la cultura, tampoco se comprendió entonces en nuestra *historia del derecho* ni incidió de hecho en su desenvolvimiento. Y véase nota 67.

66. Y permítaseme, por cuanto me afecta, una única alusión al estado actual de nuestras cuestiones: el profesor García-Gallo, en su aportación al congreso de 1979 sobre *Diritto comune e Diritti locali nella storia dell'Europa*, Milán 1980, p. 229, liquida mi manual de *Derecho Común*, Sevilla 1979, con la estimación de que se apoya en "aspectos políticos" más que en "los propiamente jurídicos", pero ¿no pueden reproducirse en esta misma distinción, aun con todas las distancias y salvedades, los propios *orígenes* aquí considerados, no pudiendo en todo caso encerrarse en las más autónomas —desde la Ilustración liberal— categorías jurídicas contemporáneas las dimensiones históricamente más sustantivas del fenómeno jurisprudencial del *Derecho Común*? Y véase últimamente, apreciando nuestras cuestiones, J. M. SCHOLZ, *Zum Forschungsstand der Neueren Rechtsgeschichte Spaniens und Portugals*, páginas 171-178, en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 3, 1980, páginas 164-187.

67. Mayans tanto aportó investigaciones sobre la jurisprudencia clásica romana como contribuyó, mediante especialmente el *Thesaurus* de Meerman, a la recolección o recuperación de la obra de los mejores, aunque contados, romanistas españoles modernos; véase Vicente PESET, *Gregori Mayans i la cultura de la Il·lustració*, Valencia 1975, ps. 115-128,

casos de más directa influencia de Mayans⁶⁸, en la composición de tal historia de un *derecho español*⁶⁹.

En segundo, pero primordial, lugar, en el mismo debate, tampoco faltó algún voluntarioso y capacitado investigador que se esforzara por representar y defender la alternativa que históricamente se frustraría; nos referimos a Rafael de Floranes, hasta ahora ausente, y no sin causa⁷⁰. Este autor planteó e intentó desarrollar una diversa *historia del derecho español*, una historia jurídica de base más documental y, precisamente, más jurisprudencial; y ello, sintomáticamente, desde posiciones contrarias a la ilustración tanto regalista como liberal. Mediante los documentos singulares de procedencia, sobre todo, medieval (comprendidos, desde un concepto apropiadamente no legalista, los fueros)⁷¹, podía

141-143 y 199-201, y M. PESET en su estudio preliminar a G. Mayans, *Epistolario* cit., IV, ps. 69-86. Y para un caso no menos notable, también animado por Mayans y destinado en principio al mismo *Thesaurus*, aunque allí no apareciera, de confluencia en una misma obra entre la investigación de derecho romano y la posición racionalista, entre nosotros: Joseph FINESTRES, *In Hermogeniani Jurisconsulti Juris Epitomarum Libros VI Commentarius*, Cervera 1757.

68. Véase nota 49.

69. En lo que toca al derecho romano histórico en la Península, fracasaría sintomáticamente algún proyecto de la época por colmar el vacío, como el de la repetida convocatoria, entre 1785 y 1788, de un concurso de trabajos sobre "el estado de la legislación y el foro de España" en la época antigua, del que, interesándose en ello (lo que también será significativo como ahora veremos), da cuenta Rafael de FLORANES, *Apuntamientos curiosos para la historia de las Leyes*, BN, ms. 11275.

70. Ya en la época, por mucho que se esforzó, no consiguió publicar nada, salvo la colaboración espontánea de algún plagiarlo (R. UREÑA, *Observaciones* cit., ps. 74-76) y aunque no por ello su trabajo pasara entonces desapercibido, quedando constancia del mismo entre los propios ilustrados (véase en nota 3); con todo, pese a sus indudables méritos, no siempre reconocidos y aprovechados por posteriores recuperaciones eruditas, su influencia en la gestación de nuestra *historia del derecho* será prácticamente nula, como y por lo que ahora diremos.

71. Véase así particularmente su *Discurso sobre las Costumbres y su preferencia con respecto a las Leyes con una noticia de los pueblos y provincias de Europa que se han regido por costumbres o derecho no escrito y de los sabios que las han comentado*, BN, ms. 11264/18 (comenzando: "Lo que en España llamamos Fueros en otras partes llaman

defender privilegios señoriales y corporativos frente a las presunciones de otra tendencia de la historiografía ilustrada⁷²; mediante la jurisprudencia, podía ciertamente oponer a dichas presunciones la imagen de un orden histórico que todavía constituía derecho mucho más acorde con su propia posición⁷³; con todo, además,

Costumbres...”; concluyendo: “Todo el Mundo es País...”); también, por su afirmación jurídica de la historia en análogo sentido frente, en especial, a las posibilidades constituyentes de la acción legislativa, y aunque tras ello pueda pasar a unos planteamientos legalistas con todo muy condicionados, *Disertaciones sobre la autoridad legislativa de todos nuestros Códigos de legislación*, BN, ms. 11230, o (en realidad versión corregida del anterior) *Plan de una obra sobre la enumeración y autoridad de los Cuerpos legislativos de la Nación*, BN, ms. 11227; en éstos, resulta bien elocuente su confrontación del efecto jurídico de la crítica histórica justamente representada por Burriel en un extremo como el de las *Ordenanzas Reales* (véase nota 17): aceptarlo —aceptar esta “novedad tan enorme (que) pretenden insensiblemente los críticos modernos”— supondría “deshacer toda la Constitución, bolver del revés a derecho todo el semblante de la República”. No está, desde luego, mal expresado el propósito —mejor— de la ulterior obra histórica de Martínez Marina.

72. Así, contra Campomanes y contra Jovellanos, *La amortización justificada, suplida e ilustrada con documentos de todas Edades*, BN, ms. 10135, *Disertación sobre la antigüedad de los mayorazgos*, BN, ms. 11175. Significativa también a estos efectos, y clarificadora de sus respectivas posiciones, su correspondencia polémica con el mismo Jovellanos, en *BAE*, 86, ps. 223-234 (y véase B. CLAVERO, *Razón científica y revolución burguesa*, ps. 297-298, en las actas del I Congreso de la Sociedad Española de Historia de las Ciencias, Madrid 1980, ps. 289-300).

73. Véanse sobre todo sus notables, y todavía realmente por aprovechar, *Memorias literarias de varios jurisconsultos célebres del siglo xv y de algunos cuerpos de legislación*, BN, ms. 11179 (parte en *CODOIN*, 19, 1851, ps. 292-374), con una nota preliminar que confiesa su motivo: “los modernos” consideran a los juristas que siguieron “a Bártulo, Baldo, Juan Andrés, el Abad y otros... como por ignominia ultramontanos y adictos a las máximas de la Curia Romana”, lo que demuestra, a su juicio, que “estos presuntuosos críticos nuestros no saben distinguir de tiempos”. Su *Vida y obra manuscrita del Dr. D. Lorenzo Galíndez Carvajal* (BN, ms. 11274) se editó completa en *CODOIN*, 20, 1852, ps. 279-406 (con sus dudas sobre la atribución del Frankenau a Lucas Cortés, por causa de sus errores: ps. 336-341).

se mostraría oportunamente inclinado, de igual forma contrarrioriente, a la integración del *derecho romano* en nuestra historia del derecho⁷⁴.

Y de todo ello aquí habrá de interesar muy en particular su destino histórico más inmediato: no tanto, ahora, la derrota cierta de las posiciones sociales y políticas representadas por Floranes, sino, más especialmente, la análoga suerte de sus posiciones, con todos sus méritos, científicas; el destino de las unas fue, de suyo, el destino de las otras. La historia ilustrada que seguiría ulteriormente informando el desarrollo historiográfico podía repudiar sus aportaciones de documentación y de jurisprudencia por su misma potencial —e intencional, desde luego, en Floranes— inconveniencia para sus propios presupuestos teóricos o, también, si se entiende en este sentido estructural, políticos; por su misma potencial capacidad —intencionada, desde luego, en Floranes— para aprehender y representar un tipo de sociedad diverso al que esta historia ilustrada propugnaba en su presente proyectándolo en el pasado⁷⁵. El mismo capítulo primario o fundamental de selección y calificación de fuentes no escapaba a estas determinaciones.

74. Véase así *El origen y fuentes del Derecho Español*, en *Apuntamientos* cit., ff. 64r-66v, donde, como ya dijimos en nota 69, también puede verse en otros folios no numerados su proyecto de efectuar dicha integración desde los mismos tiempos antiguos. Tampoco deja de referirse al *derecho romano* en su apreciación más positiva de las Partidas, entre otros lugares (*Memorias* cit., ff. 20r-27r, sobre todo), en estos *Apuntamientos*, ff. 34v-35r; y ahora se basa en el *Informe sobre pesos y medidas* de Burriel para defender también el romanismo sustantivo de la legislación visigoda, aun con el exceso de pretender que las leyes *antiquae* del *Liber* son, directamente, leyes romanas (*Apuntamientos* cit., ff. 73r-78v); también, *Puntos curiosos que, para la historia de nuestra legislación y especialmente del Fuero Juzgo, descubrió D. Rafael de Floranes al impugnar algunas aseveraciones del Dr. D. Francisco de Castro*, BN, ms. 11264/16, donde además, con buena información, impugna la extendida leyenda de que en España se habría penalizado con la muerte la alegación directa del derecho romano; la crítica se refiere, obviamente, a J. F. DE CASTRO, *Compendio histórico del Derecho Español*, en sus *Discursos críticos* cit., I, ps. 51-86, también poco considerado, con todo merecimiento, por nuestros historiadores ilustrados.

75. Puede verse B. CLAVERO, *Historia, Ciencia, Política* cit., ps. 14-18 y 36-42.

Desde la Ilustración, la historia del derecho así seriamente amputada puede, desde luego y pese a todo, desarrollarse sobre una base crítica de tratamiento y estudio de otras fuentes —*fueros y leyes*, en lo esencial, con todas sus connotaciones⁷⁶—, mas también, en consecuencia, conforme a una composición que, sin el testimonio precioso en otra dirección especialmente de la *jurisprudencia* que ha regido la mayor parte de la historia jurídica factible, la sitúa en un cuadro legendario o un escenario ficticio: el de los presupuestos políticos y civiles de signo genéricamente liberista; presupuestos de la *historia del derecho* que, establecido ulteriormente el tipo de sociedad que así podía predicarse, podrán evidentemente trascender de su coyuntura originaria y ya posteriormente continuarse, tras su gestación extraacadémica⁷⁷, en la Historia del Derecho Español profesionalmente constituida y reproducida. Pero aquí sólo tratábamos de *orígenes*, y todo ello, aun pudiendo desde luego persistir en diverso grado unas mismas *ficciones*, ya representa ciertamente otra historia.

BARTOLOMÉ CLAVERO

76. Y sobre la relación más concreta que pueda existir entre la preterición de la jurisprudencia del *ius commune* y la erección del *Estado* —y del *Estado español* en nuestro caso— como sujeto de la historia del derecho, B. CLAVERO, *Institución política y Derecho*, a publicarse en *Revista de Estudios Políticos*.

77. En el debate de esta ponencia, el profesor Gibert, con su superior autoridad en materia de *ciencia jurídica española*, cuestionó su planteamiento precisamente por centrarse en autores que, como Burriel o como Martínez Marina, no fueron, facultativa o profesionalmente, juristas; Schipani, oportunamente, interrogó: ¿no eran “juristas” o no eran “bartolistas”? No eran, ciertamente, juristas en el sentido que requiere Gibert, pero, resultando desde luego debatible el grado de su respectiva formación jurídica (tardía e irregular en Burriel; bien poco al día, pese a sus mismas posiciones, en Martínez Marina), no creo que pueda por ello cuestionarse su significación fundacional de la *historia del derecho español*, tanto por su aportación básica en el terreno de las fuentes como por su posición del *paradigma* o las coordenadas culturales que regirían precisamente el desarrollo ulterior de esta *historia*. Por lo demás, tras todo lo visto, no parece que deba sorprender el origen extraacadémico de nuestra disciplina.

SUPPOSITIO PARTUS - CRIMEN FALSI

A propósito de un estudio anterior sobre un punto concreto del *crimen falsi*¹, he podido comprobar como partiendo del núcleo originario de la *lex Cornelia testamentaria nummaria* del 81 a. C., se extendió notablemente su contenido (y especialmente la *poena legis Corneliae*) a una serie de supuestos que fueron delineando lo que podemos llamar un muy genérico *crimen falsi*, que tipificaba penalmente cualquier atentado a la *fides veritatis*² en definitiva la fe pública. Los senadoconsultos y la legislación imperial, junto con la labor integradora de la Jurisprudencia, elevaron a delitos públicos, partiendo de la nuclear *lex Cornelia de falsis*, aquellos casos de alteración de la verdad, en los que se veía, como dice Archi³ «in particolare modo leso quel senso di affidamento cosi necessario alla convivenza sociale». En este orden de cosas, la *suppositio partus* fue atraída⁴ bajo el título de la *lex Cornelia (de falsis)* como se comprueba en Macer D. 48,2,11,1: *ream lege Cornelia facere*, y en los textos de D. 48,10 de Modestino y Paulo, como se sabe bajo la rúbrica *de lege Cornelia de falsis et de S. C. Liboniano*, y constituciones recogidas en C. 9,22, también bajo la rúbrica *ad legem Corneliam de falsis*. Por supuesto que el *crimen de partu supposito*

1. TORRENT, *El Senadoconsulto Messaliano y el crimen falsi*, en AHDE 50 (1980) 111 ss.

2. Vid. Paul. en *Coll.* 8,6,1: *falsum est quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveratur*, aunque este texto plantea el problema de una generalización demasiado amplia, y acaso tenga un valor retórico antes que estrictamente técnico.

3. ARCHI, *Problemi in tema di falso nel diritto romano*, en "Studi giur. soc. Fac. Giur. Pavia", 26 (1941) 114.

4. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, en "Enciclopedia del dir. penale italiano" dirigida por Pessina (Roma 1902), reed. Roma (1976) 400.

tiene además otras connotaciones aparte de las penales, como las relacionadas con el Edicto Carboniano (D. 37,10,3,6 Ulp. 41 *ad Ed.*) y con la indignidad para suceder (D. 34,9,16 pr. Pap. 8 *resp.*), situadas en la compilación bajo las respectivas rúbricas *de Carboniano edicto*, y de *his quae ut indignis auferuntur*, aparte de textos en otras sedes, que tendremos ocasión de comprobar.

En este momento interesa más ir por la vía penal de la configuración del *crimen falsi*, dentro del que entra —en mi opinión— la *suppositio partus*. En definitiva el hilo conductor del diverso tratamiento del *partus suppositus* está siempre en la falsedad, analizada a veces por los juristas romanos desde el punto de vista de la falsedad de un nacimiento que afectaba a un testamento o *bonorum possessio*, con lo que sustancialmente entramos en un conflicto de intereses entre las partes, derivado de un falso parto. Es cierto que la figura es tratada también a propósito de la *quaestio de statu personarum*, y así es como ha llegado a nuestro actual Código penal (art. 468) que lo configura como un delito contra el estado civil de las personas, pero en Derecho romano el tratamiento preponderante podemos decir que es procesal-penal, y como tal figura delictiva se adecúa dentro del concepto de *falsum*. Esta tesis, que ha sido defendida por Archi y d'Ors, ha sido rectificada desde un prisma procesal por Lauria⁵ que sitúa el *partus suppositus* dentro de los *crimina extraordinaria* creados autónomamente por senadoconsultos y constituciones imperiales, totalmente al margen de las antiguas *quaestiones*, de manera que partiendo de la antítesis *ordo-cognitio extra ordinem*, las nuevas figuras de Derecho penal público reconocidas con posterioridad a las *leges Iuliae iudiciorum publicorum*, no estaban protegidas por medio de *quaestiones*, sino solamente por medio de la *cognitio extra ordinem*⁶, explicación que si tiene el mérito de destacar la antítesis *ordo-extra ordinem*, sin embargo exagera el papel autónomo de las nuevas figuras delictivas y no tiene en cuenta además la posibilidad —real— de que fue la sistemática clásica —legislativa y jurisprudencial— la que consideró estas nuevas figuras como ampliaciones del concepto de *falsum*⁷.

5. LAURIA, *Accusatio-Inquisitio*, en "AAN" 56 (1934) 58 ss.

6. LAURIA, 5.

7. ARCHI, *Problemi*, 19 i. not.

Hay, por tanto, todo un progresivo movimiento, en primer lugar legislativo, pero tampoco podemos olvidar el poderoso esfuerzo jurisprudencial, que va configurando el Derecho penal público, y dando certeza a la materia criminal. Que los *crimina extraordinaria* sustituyeron a los *iudicia publica* aun cuando siguiera aplicándose la *poena legum* lo dice claramente Paulo en D. 48,1,8 y Macer en D. 48,1,1, y en este campo observamos como bajo la apelación genérica a una antigua *lex publica*, como en nuestro caso las apelaciones a la *poena legis Corneliae*, o *lex Cornelia*, o simplemente *poena falsi*, una serie de hechos punibles fueron subsumidos bajo el concepto genérico de *falsum*. Y aunque a primera vista pudiera parecer que el criterio que aglutina los diversos casos de *falsum*, fue el criterio adjetivo de estar todos los casos (aun muy diversos entre sí) sometidos a la *poena legis (Corneliae)* como podemos comprobar en Ulpiano, *Coll.* 8,7,1-2 y Marciano (14 *inst.*) en D. 48, 10,1, creo que hay que ver en estas exposiciones un profundo esfuerzo sistemático de reordenar una serie de casos dispersos bajo el concepto sustancial del *falsum*, y si para otros casos de *falsum* la iniciativa sistemática puede captarse en senadoconsultos y constituciones imperiales⁸, en el hecho criminal de la *suppositio partus* este esfuerzo sistemático de reconducción al *falsum* siguió un camino eminentemente jurisprudencial, asumido legislativamente por primera vez de modo documentado en la época de Septimio Severo.

Incluso hay quien ha pensado como Archi⁹ que el caso del *partus suppositus* significó una de las primeras extensiones de la *lex Cornelia*¹⁰ tesis que jurisprudencialmente considero altamente probable por una serie de razones. En primer lugar, el problema de la *suppositio partus* es bastante antiguo, y a él se refiere (entre otros) la *bonorum possessio ex Carboniano Edicto*. Según Neracio (D. 37,10,9) ya lo conocía Labeón, y probablemente fuera incluso algo anterior, quizá como dice Metro¹¹ de la época de máximo esplendor del *ius honorarium* (siglo II a. C.), fecha en que también

8. TORRENT, 125.

9. ARCHI, *Problemi*, 42.

10. En contra D'ORS, *Contribuciones a la historia del crimen falsi*, en "Studi Volterra", II (Milano 1971) 551 nt. 86, que no lo cree anterior a todo el movimiento de extensión del *falsum* de mediados del siglo III d. C.

11. METRO, *La datazione dell'editto de inspiciendo ventre custodiendoque partu*, en "Synteleia Arangio-Ruiz". Napoli (1964) 945.

lo sitúa La Rosa¹². El edicto Carboniano trata fundamentalmente de conceder la *bonorum possessio* al descendiente impúber del *de cuius* cuyo *status* fuera controvertido, reenviando la controversia (D. 37,10,1, pr.) a cuando lograra la pubertad; en realidad, *status quaestio* y sucesión del impúber van estrechamente unidos¹³. Pero tenemos además un enigmático texto de Juliano (24 dig.) en D. 25,4,2 pr.: *Edictum de custodiendo partu derogatarium est eius, quod ad Carboniani decreti exemplum comparatum est*, que aunque ha dado lugar a algunas interpretaciones algo aventuradas de Glück¹⁴ que identifica aquel posible segundo edicto con el *de ventre in possessionem mittendo*¹⁵, arroja un dato clarísimo: el edicto *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* (D. 25,4,1,10 Ulp. 24 ad Ed.) fue dictado al objeto de evitar las suposiciones de parto¹⁶. Metro contra Glück y Lanfranchi ha negado toda conexión entre el edicto que *ad exemplum Carboniani* cita Juliano con el edicto *de ventre in possessionem mittendo*¹⁷ rompiendo la relación que Glück y Lanfranchi pretendían entre D. 25,4,2 pr. y D. 43,4,3,3¹⁸.

A su vez, conocemos por Ulpiano, aunque no detalladamente, la existencia de un Senadoconsulto Planciano¹⁹ que contendría dos capítulos: uno sobre el reconocimiento de los hijos, y otro sobre la suposición de parto; pero este capítulo no viene recogido por extenso en la obra ulpiana, salvo la atribución de la competencia

12. LA ROSA, *Appunti sull'editto Carboniano*, en "AUCT" 6-7 (1951)-53) 166, que lo sitúa en torno al 123 a. C.

13. Como muy claramente ha visto STIEGLER, *Statusstreit und Kindeserbrecht. Probleme des edictum Carbonianum*, Graz (1971)

14. GLUCK, *Commentario alle Pandette*, XXV, Milano (1907) 337-338.

15. Le sigue LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, I. *L'agere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo*, Bologna (1953) 62 ss.

16. Probablemente en tiempos de Adriano: METRO, 957.

17. METRO, 947.

18. D. 43,4,3,3 (Ulp. 68 ad Ed.): *Si mulier dicatur calumniae causa in possessionem venisse, quod non sit praegnas vel non ex eo praegnas, vel si de statu mulieris aliquid dicatur: ex epistula divi Hadriani ad exemplum [praesumptionis] Carboniani edicti ventri praetor pollicetur possessionem.*

19. De fecha incierta; vid. lit. en METRO, 946 nt. 17. Según VOLTERRÁ, *Senatusconsulta*, "NNDI" XVI (1969) 85 (sep.), quizá de época de Vespasiano, y en cualquier caso ciertamente anterior a Adriano.

jurisdiccional para estos casos de los consules en Roma, y en provincias al gobernador.

D. 25.3.1. (Ulp. 34 *ad Ed.*): *Senatus consultum, quod factum est de liberis agnoscendis, duas species complectitur, unam eorum qui agnoscunt, aliam earum quae falsum partum subiciunt.*

Asombra que Ulpiano no desarrollase la norma senatorial relativa a la suposición de parto²⁰, y es admisible la hipótesis de Metro²¹ de que este capítulo olvidado contuviera disposiciones sobre la *custodia ventris* emanadas con el objetivo de evitar las suposiciones de parto, normas que debían dar lugar a inconvenientes, y que serían sustituidas prontamente por el edicto *de inspiciendo ventre*, materia que viene minuciosamente regulada en el edicto de tiempo adrianeo *de inspiciendo ventre* (D. 25,4,1,10) y en un rescripto *temporibus divorum fratrum* (D. 25,4,1 pr.). Estas noticias son de Ulpiano, y aunque D. 25,4,1 en la compilación figura extraído del libro 24 *ad Ed.*, es más plausible la conjetura de Haloander que proviniera del libro 34. El propio Lenel²² sitúa D. 25,4,1 en el libro 34 del comentario ulpiano al Edicto bajo la rúbrica (E. 118) *de inspiciendo ventre custodiendoque partu*. Prima todavía en este texto la visión del reconocimiento de los hijos antes que el problema penal de la *suppositio*. Pero también Lenel el libro 24 *ad Ed.* de Ulpiano lo sitúa bajo el título E. XV *de his quae cuiusque in bonis sunt*, y entre otras rúbricas *capta E. 89 si mensor falsum modum dixerit*²³ Ciertamente es que el libro 24 *ad Ed.* es de un enorme contenido, y creo con Haloander y Lenel que D. 25,4,1 procede del libro 34. La referencia en el libro 24 que hace Lenel a E. 89 *si mensor falsum modum dixerit*, aun siendo muy adjetiva y externa, y en cuanto además en el libro 34 no hay ninguna rúbrica relacionada con el *falsum* concretamente, no deja de ser una referencia aunque muy indirecta a admitir en el propio libro 24 una aproximación a problemas de *falsum*, lejana, pero referencia. Es cierto que tanto los libros 24 como especialmente el 34 tratan *de inspiciendo ventre*, en íntima conexión con E. XV *de his quae cuiusque*

20. LANFRANCHI, *Ricerche*, 6.

21. METRO, 953.

22. LENEL, *Pal.* II, 650.

23. LENEL, *Pal.* II, 555.

in bonis sunt, tema que sirvió para que la Jurisprudencia clásica tardía tratara la *suppositio partus* no ya como *status quaestio*, sino dentro del *crimen falsi*, y al igual que otras figuras penales nuevas, subsumido dentro de la *poena legis Corneliae*.

Por tanto, hay toda una línea de pensamiento jurisprudencial que conoce el tema de la *suppositio partus*, muy probablemente documentado desde el siglo II a. C., y que en principio va por dos vías: la primera, en torno al edicto Carboniano dirigido a la sucesión del impúber cuando surgieran controversias sobre su *status*; la segunda, en torno al S. C. Planciano y al edicto *de inspiciendo ventre* en los albores del siglo II d. C., que rectifican normas anteriores sobre la *suppositio partus*, problemas ambos en íntima conexión con la *bonorum possessio* y que podían dar lugar a fraudes notables ante la declaración de existencia de un *partus suppositus*. Es decir, puede defenderse que el tema fue conocido en el Edicto del pretor enfocado desde un punto de vista civil: consecuencias hereditarias de la *suppositio*, y controversias *de statu personarum*, fijándose normas particularmente minuciosas en el edicto *de inspiciendo ventre* (D. 25,4,1,10 Ulp.). Creo que aún en la época de redacción del Edicto perpetuo la visión de la *suppositio* no ha entrado en un enfoque penal público, puesto que fundamentalmente se trata del tema a propósito de la *bonorum possessio ventris nomine*. Los escasos textos que hacen alguna vaga referencia a posibles aspectos penales como los relativos a *calumniae causa* (D. 43,4,3,3 Ulp. 68 Ed.) o *manifesta calumnia* (D. 37,9,1 14 Ulp. 41 Ed.) no permiten sentar una visión penal pública del tema; todo lo más permitirían hipotizar una visión privada del delito, no pública. Esto vendrá después, como muy tarde en la época de Septimio Severo que ya admite una consideración penalística del tema.

Por que se reconoció penalmente como *falsum* la *suppositio partus*, no tiene una solución fácil, pero no creo, como dice d'Ors²⁴ que la suposición de parto se aproxime al *falsum* por implicar normalmente una utilización de certificado falso, con lo que sustancialmente va a parar al problema del falso documental, que en mi opinión no es el tema de la *suppositio partus* dentro del *falsum*, al menos técnicamente. En primer lugar porque como

24. D'ORS, 551.

tal acto documentado, las declaraciones de nacimiento son muy tardías, como muy pronto del siglo II d. C. cuando se estructuran las llamadas *professiones liberorum* o *filiorum*. A Marco Aurelio entre los años 161 al 169 d. C. se atribuye una regla por la que el padre dentro de los treinta días del nacimiento del hijo, debe hacer la *professio*²⁵, es decir, declarar el nacimiento del hijo, en Roma ante el *praefectus aerarii Saturni*, y en provincias ante los *praefecti aerarii*. Es más, de la documentación conocida (dípticos y papiros egipcios de los siglos II y III) se pueden clasificar en *professiones* para los hijos legítimos, y *testationes* para los ilegítimos, pero es discutida su naturaleza jurídica. Es posible que algún sistema de registros de nacimiento se diera en Roma a partir de Augusto (*leges Iulia et Papia*), pero no está probado su carácter obligatorio²⁶, obligatoriedad que ya se predica a partir de Marco Aurelio²⁷. En realidad, la doctrina dominante²⁸ ha entendido que el Derecho romano no conoce actos del estado civil, y las declaraciones de nacimiento presentadas a la autoridad pública de las que tenemos abundantes ejemplos en Egipto, tienen para los provinciales la finalidad de situar para cuando se hubiera cumplido la edad prescrita la sujeción del individuo al impuesto de la *capitatio*, o la pertenencia a grupos exentos de este impuesto, y para los romanos residentes en provincias evitar la asunción indebida de la ciudadanía por parte de los que no tenían derecho a la misma. De la documentación papirológica se deriva que estas declaraciones, entre otros fines, eran utilizadas en las *causae probationes*, es decir, en los juicios en que era contestado el *status civitatis* de una persona³⁰, o como prueba del *status libertatis*. Estamos por tanto siempre en el terreno de las *status quaestiones*, y en toda la documentación examinada por Lanfranchi no hay ningún caso de *suppositio partus*.

25. SHA, *Vita Marci*, 9,7-8; Gord. 4,8. Cfr. D. 22,3,13 (Celso 30 dig.); D. 22,3,29 (Scaev. 9 dig.).

26. LANFRANCHI, *Ricerche sul valore giuridico delle dichiarazioni di nascita in diritto romano*, Modena (1951) 91.

27. Vid. WEISS, *Zur Rechtsstellung der unehelichen Kinder in der Kaiserzeit*, "ZSS" 46 (1929) 267.

28. Vid. por todos ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* 14, rist. Napoli (1978) 267.

30. LANFRANCHI, *Dichiar.* 96.

En principio, por tanto, no parece ser el tema del certificado falso, como piensa d'Ors, el motivo de la inclusión del *partus suppositus* dentro del *falsum*. No es la falsedad del *instrumentum*, porque en este campo poca influencia tiene el *instrumentum*, entre otras cosas porque había libertad de prueba en este campo, como lo demuestra un rescripto de los *divi fratres*:

D. 22,3,29 pr. (Scaev. 9 dig.): *Imperatores Antoninus et Verus Augusti Claudio Apollinari rescripserunt in haec verba: "Probationes, quae de filiis dantur, non in sola adfirmatione testium consistunt, sed et epistulas, quae uxoribus missae allegarentur, si de fide earum constet, nonnullam vicem instrumentorum optinere decretum est.*

La declaración de nacimiento no constituye una declaración de filiación, porque la legitimidad del *natus* descansa sobre dos elementos: parto de la madre y concepción por obra del marido legítimo³¹, y en todo caso a través del *tollere liberos* el padre puede desconocer la paternidad. Pero es que, además, en caso de *professio* hecha por la madre, e incluso de una *professio* falsa, hecha en un momento de ira, tampoco tiene eficacia este *instrumentum*, como dice el propio Scaevola:

D. 22,2,29,1: *Mulier gravida repudiata, filium enixa, absente marito ut spurium in actis professsa est. quaesitum est, an is in potestate patris sit et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire possit nec obsit professio a matre irata facta. respondit veritati locum superfore.*

Scaevola nos lleva de nuevo ante una *status quaestio*. Lenel coloca este texto bajo la rúbrica *de agnoscendis liberis* (E. 117), y está claro que aquella declaración no constituye una relación de filiación, como se desprende también de P. Tebt. II, 285 (A. 239) y C. 4,9,14 (a. 293). El *instrumentum* (*professio*) si no constituye la relación jurídica, en una controversia de *partu supposito* no tiene tampoco valor probatorio, debiéndose seguir aquí las reglas de la presunción de paternidad con toda la carga de problemas que ello implica³² y en la que ahora no podemos entrar.

31. LANFRANCHI, *Dichiar*, 102.

32. Vid. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano. II. La così detta presunzione di paternità*, Bologna (1964).

Otra aproximación al tema del *partus suppositus* la encontramos a propósito de la indignidad para suceder, que es otro de los ángulos con que jurisprudencialmente se trata el problema. En este punto se deben a Hermogeniano dos textos importantes dentro de la indignidad, uno que no interesa en estos momentos, D. 34, 9,20 (Hermog. 3 iur. epit.): *Ei, qui mortem uxoris non defendit, ut indigno dos aufertur*, concerniente al deber de *ultio necis*, y por tanto dentro del tratamiento *ad S. C. Silanianum*, capital en la indignidad, y otro, que nos interesa más, D. 49,14,46 pr. (6 iur. epit.) enclavado según Lenel³³ en el tratamiento de *iure fisci*, que también es uno de los filones principales para rastrear la indignidad³⁴. Son residuos escasos, pero muy importantes por lo significativos que son en sí mismos, y por el alto valor, que como dice d'Ors³⁵ tiene Hermogeniano para la comprensión de la primera época postclásica, con la trascendencia que esto tiene para las PS. En definitiva se trata de una época crítica para la transmisión de los textos jurisprudenciales, momento al que corresponde el llamado estrato A de las PS, y que d'Ors siguiendo a Wieacker califica como epiclásico, pero que no cabe duda que también puede calificarse como «clasicista» al igual que Diocleciano.

D. 49,14,46 pr.: *Aufertur ei quasi indigno successio, qui, cum heres institutus esset ut filius, post mortem eius, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est.*

Esta indignidad del instituido como hijo que resulta *filius suppositus*, supuesto que es discutido doctrinalmente como de indignidad, al menos clásica, toma la *suppositio* desde el punto de vista del *status personarum*, y no anda descaminada la idea de Betti³⁶ que en vez de *declaratus* entiende *pronuntiatus*, haciendo

33. LENEL, *Pal.* I, c. 276.

34. La suposición de LENEL la recogen LIEBS, *Hermogenians iuris epitomae. Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Göttingen (1964) 129, y REIMUNDO, *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho romano clásico*, en prensa actualmente, editado por la Universidad de Oviedo.

35. D'ORS, *recensión a LIEBS, op. cit.*, en "SDHI" 30 (1964) 422.

36. BETTI, *L'antitesi di iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano*, "RISG" 56 (1915) 99.

referencia al proceso para acertar la *suppositio*. En este texto vemos emerger el tema que nos preocupa, y siempre a efectos hereditarios. Aquí no se menciona el *crimen de partu supposito*, sino los efectos de la *suppositio* en tema de indignidad, *suppositio* que por alterar la *fides veritatis* priva de la sucesión al indigno fingido ³⁷.

Mayores precisiones ofrece Papiniano (8 *resp.*) en D. 34,9,16 pr. que Lenel sitúa bajo la rúbrica *de legatis* ³⁸, y tiene interés en cuanto con ocasión de esta materia, presenta una cierta agrupación de supuestos, como en el paragr. 1 que trata de la indignidad concierne al estupro, y en el 2, que trata de la indignidad del heredero por revocación material de su institución. Pero nos interesa más el pr. en cuanto nos da la noticia de la indignidad en que respecto de su parte hereditaria incurren los coherederos sustitutos que intentaron inútilmente obtener la herencia legítima acusando de *filius suppositus* al instituido de primer grado (con la consiguiente impugnación del *iudicium defuncti* al respecto).

D. 34,9,16 pr.: *Cum tabulis secundis pater impuberi filio fratris filios coheredibus datis substituisset ac substituti fratris filii post mortem pueri matrem eius partus subiecti ream postulassent, ut hereditatem patru legitimum optinerent: victis auferendum esse partem hereditatis ex causa substitutionis respondi, [quia ex testamento sententiam secundum se dictam non haberent]. (Mommsen).*

La visión del *filius suppositus* que nos da este texto, de gran importancia para la indignidad, nos sitúa en el mismo plano que servirá a los juristas para encuadrar el *crimen de partu supposito* dentro del *falsum*. El problema práctico es siempre el mismo: la institución de un *filius suppositus* que perjudica los derechos de los herederos legítimos, y en este caso, de los sustitutos. Este texto ha tratado de explicarse desde el punto de vista del error ³⁹, entendiéndose que el testador ha incurrido en error instituyendo y sustituyendo como hijo a quien se tacha de *filius suppositus*.

37. STIEGLER, *Statusstreit*, 157 nt. 25.

38. LENEL, *Pal.* II, c. 916.

39. Así SCHULZ, *Der Irrtum im Beweggrund bei der testamentarischen Verfügung*, "Gedächtnsschrift Seckel", Berlin (1927) 101, y VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano (1937) 39.

Pero Zilletti⁴⁰ considera que esta intentada caída de la institución por parte de los impugnantes, no se basa en el error, supuesto que de ser así lo hubiera indicado el texto. En realidad parece tratarse de un supuesto de indignidad por impugnación del *iudicium defuncti* (con lo que los impugnadores que pierden la causa no pueden invocar después a su favor el *iudicium* impugnado), y me parece que el recurso al error es insuficiente, siendo más cierto que el *hereditatem legitimam optinerent* para el caso que se declarase *suppositus* al instituido, parecería reforzar decididamente la nulidad de la institución de éste con exclusión de la indignidad (prevista por Hermogeniano). En todo caso, esta indignidad documentada por D. 49,14,46 pr. parece tener claramente en contra D. 37,10,1,11 (Ulp. 41 Ed.) que se inclina por lo *pro non scripto* con la consiguiente nulidad de la institución. Pero no nos interesa ahora tanto la cuestión de la indignidad, que en todo caso parece muy discutible, pues los sustitutos no atacan al *suppositus* como indigno, en cuyo caso ellos no recibirían nada de la herencia, arriesgándose por otro lado a ser ellos mismos declarados indignos de no triunfar su impugnación y tampoco recibirían nada de la herencia, sino que atacan precisamente la *suppositio: matrem eius partus subiecti ream postulassent*, en una acusación penal contra la madre, que no puede ser otra cosa en mi opinión que una *accusatio de falsis* del estilo de las recogidas en D. 48,10, y ésta es una constante en todos los textos donde se trata del *partus suppositus*: la conducta penal reprimida es siempre realizada por la madre. En el texto papiniano no se trata tanto de impugnar el *suppositus* instituido, cuanto la *subiectio partus* realizada por la madre, que perjudica la adquisición de la herencia legítima por los sustitutos. E indudablemente la acusación va por la vía penal: *matrem... ream postulassent*. Y *ream postulare* sólo tiene sentido si lo ponemos en conexión con la *lex Cornelia* o *poena legis (Corneliae)*. No es un falso documental; no se trata de impugnar la *fides* del documento, aunque aún también en este caso habría que ver si pudiera actuarse no sólo *civiliter* sino *criminaliter*, al menos a partir de las constituciones postclásicas; se trata de sancionar a la madre como rea de *crimen falsi*, accu-

40. ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano (1961) 152 ss.

satio que se dirige a castigar el *falsum*⁴¹, del que se derivará —una vez probado— la adquisición de la herencia para los sustitutos, inficiando de nulidad la institución del *suppositus* como defiende Reimundo al estudiar D. 34,9,16 pr. Porque éste es el aspecto que interesa ahora del tema: la conexión del *partus suppositus* con el *crimen falsi*, que en mi opinión está suficientemente documentado en las fuentes. Que la *accusatio de partu supposito* fue siempre intentada como acusación penal, se deriva de numerosos textos:

D. 37,10,3,6 (Ulp. 41 Ed.): *Si mater impuberis subiecti partus rea postulata causam optinuerit, poterit adhuc superesse status quaestio, ut puta si dicatur aut non esse ex ipso defuncto conceptus aut ex ipso quidem, sed non ex matrimonio editus.*

El planteamiento del tema por Ulpiano es el mismo que hace en D. 37,10,1,11: *si mater subiecti partus arguatur*. La conducta penal hace referencia siempre a la madre que realiza la *subiectio partus* y siempre hace relación a dos consecuencias: el *status personarum* y los efectos hereditarios. Significativo es también que el libro 41 *ad Edictum* de Ulpiano está bajo la rúbrica *de Carboniano edicto* en la reconstrucción leneliana, inmediatamente después de los textos ulpianos recogidos en D. 37,9 bajo la rúbrica *de ventre in possessionem mittendo*. Y estamos siempre ante acusaciones penales: *rea postulata*. Pero sigue subsistiendo la pregunta que nos hacíamos hace poco: ¿cuándo se subsumió el *partus suppositus* dentro del *falsum*? Desde luego que jurisprudencialmente este paso ya se había dado en la época de Modestino, como nos prueba

D. 48,10,30,1 (Mod. 12 pand.): *De partu supposito soli accusant parentes aut hi, ad quod ea res pertineat: non quilibet ex populo ut publicam accusationem intendat.*

Pero aunque Modestino es uno de los últimos clásicos, su encuadramiento en D. 48,10 es revelador: *de lege Cornelia de falsis et de S. C. Liboniano*. A mi modo de ver esta extensión del *falsum*

41. Vid. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere. In tema di falso documentale*, "Scritti Beat. Ferrini", I, Milano (1947) 17.

a la *suppositio partus* no parece muy antigua⁴², pero tampoco del siglo III d. C. como piensa d'Ors⁴³, siendo más probable que ocurriera legislativamente en la legislación imperial de finales del siglo II, y posteriormente contemplada por la Jurisprudencia severiana como tal extensión a lo largo del siglo III. En este sentido creo encontrar apoyo en un texto de Caracalla:

C. 9,22,1 (*Imp. A. Antoninus A. Severo*): *Si partus subiecti crimen diversae parti obicitis, causa capitalis in tempus pubertatis pueri differri non debuit, sicut iam pridem mihi et divo Severo patri meo placuit. neque enim verisimile est eam quae arguitur non ex fide causam suam defensuram, cum periculum capitis subeat (a. 212).*

Este texto demuestra que desde Septimio Severo como muy tarde, era conocido el *crimen de partu supposito*. Es probable que fuera en principio un tipo criminal autónomo, aunque del texto no puede derivarse con seguridad esta afirmación, pues sólo trata de las consecuencias penales de la *accusatio*, no realizable *pubertatis tempore*. La pena capital prevista para la parte contra la que se prueba la *suppositio* (la madre), muestra la extrema gravedad del delito, y su fuerte represión en la actividad legislativa imperial, pero ésta es también la pena prevista en las hipótesis más graves de la *lex Cornelia de falsis*. También es significativo que el texto está bajo la rúbrica *ad legem Corneliam de falsis* en el propio Código justiniano. Aún acaso en la época de los primeros Severos no se había visto la unidad sustancial del tipo genérico *falsum* que abraza la *suppositio partus*, que ya se verá con más claridad en los juristas severianos; pero desde el punto de vista de la colocación sistemática de los textos, esta ampliación es ya evidente.

El propio Modestino coloca su mención de esta acusación penal de *suppositio* restringida a los padres, y a los que con terminología moderna llamaríamos con interés directo en el pleito, en D. 48,10, 30,1 inmediatamente después de la falsificación de un *signum*, caso primerísimo a partir de la *lex Cornelia testamentaria nummaria*,

42. En contra ARCHI, *Problemi*, 42. que cree fue una de sus primeras extensiones.

43. D'ORS, *Contr.* 551 nt. 86, que la cree de mediados del siglo III.

como lo demuestran PS 5,25,1 (*signum adulterinum*) e IJ 4,18,7. También Paulo (D. 48,10,19,1, 5 *sent.* = PS 5,25,1b) trata de la *accusatio suppositi partus* a continuación del *signum adulterinum*, sistemáticamente detrás de la exposición de las conductas delictivas englobadas bajo el *crimen falsi*, penadas por la *lex Cornelia de falsis* o *poena legis Corneliae*, como se comprueba en diversos textos⁴⁴. Hubo por tanto toda una labor de extensión del *crimen falsi* ampliado a supuestos no originariamente previstos en la *lex Cornelia* a través de senadoconsultos y la legislación imperial, y considerados por la Jurisprudencia, donde una gran diversidad de conductas penales atentatorias contra la *fides veritatis*, fueron reagrupadas bajo el epígrafe genérico de *falsum*, y sancionadas con la *poena legis*. Este proceso de extensión se advierte claramente en el texto de Modestino que acabamos de ver donde pone de relieve una serie de puntos concretos propios del *crimen de partu supposito*, y que demuestran que esta figura penal no formaba parte de la *lex* constitutiva de un *iudicium publicum*. Partiendo de esta constatación, Archi⁴⁵ sostiene que los clásicos en sus exposiciones evidenciaron el dualismo entre los *iudicia publica* y la *cognitio extra ordinem*, pero que esto no les impidió operar acercamientos y elaboraciones de carácter sustancial, concluyendo que el *partus suppositus* fue sancionado con la *poena legis Corneliae*, y que fue una de sus primeras extensiones. A mí no me parece que esta extensión fuera tan rápidamente realizada como lo piensa Archi; al menos los textos no parecen ofrecer datos muy concluyentes para sostener aquella afirmación. Más bien parecen ir antes por todas las posibilidades de falso documental que arrancan del falso testamentario, para ir recogiendo paulatinamente otras especies de falsedad⁴⁶. De C. 9,22,1 se puede deducir que de todos modos esta ampliación ya se habría producido a finales del siglo II d. C., e incluso podríamos aventurar desde mediados de siglo II d. C.

El texto más claro, donde se ha perfilado totalmente la aproximación del *partus suppositus* a la *lex Cornelia*, es un texto de Macer, especialmente relevante en cuanto permite acusar penalmente a la madre que ha fingido un parto aunque excluye de la

44. Vid. TORRENT, 116.

45. ARCHI, *Problemi*, 42.

46. Vid. D'ORS, *Contr.* 543 ss.

lex Cornelia al hijo cuando es éste quien ataca *de partu supposito* a la madre, lo que permite suponer que esta *poena (legis Corneliae)* sería posible en otros casos en que no lo impidiera la piedad filial.

D. 48,2,11,1 (Macer 2 *de publ. iudiciis*): *Liberi libertique non sunt prohibendi suarum rerum defendendarum gratia de facto parentium patronorumve queri, veluti si dicant vi se a possessione ab his expulsos, scilicet non ut crimen vis eis intendant, sed ut possessionem recipiant. nam et filius non quidem prohibitus est de facto matris queri, si dicat suppositum ab ea partum, quo magis coheredem haberet, sed ream eam lege Cornelia facere permissum ei non est.*

Por supuesto que la referencia a la *lex Cornelia* no puede ser otra que a la *lex Cornelia de falsis*. En este texto, aunque hay una visión jurisprudencialmente procesal como se comprueba en el título D. 48,2: *de accusationibus et praesumptionibus*, y en la reconstrucción de Lenel: *qui accusare possint*, es significativa su pertenencia a Macer que se ocupó muy diligentemente de la materia penal, y en especial del *falsum* (D. 47,13,2) y conocía perfectamente la intervención senatorial e imperial en la fijación de los nuevos *crimina* a partir de las *leges publicae* republicanas (D. 48, 1,1). La acusación penal (de *falsum*) era ya perfectamente conocida en la época de Macer, y muy en relación con su visión procesal, conocemos un rescripto de Alejandro Severo del año 230 donde se hacen verdaderos equilibrios al objeto de establecer cuando era posible la acusación penal del hijo contra la madre.

C. 9,22,5: *Falsi quidem crimen vel aliud capitale movere vos matri vestrae secta mea non patitur. sed ea res pecuniarium compendium non aufert. si enim de fide scripturae, unde eadem mater vestra fideicommissum sibi vindicat, dubitatio est, inquiri fides veritatis etiam sine metu criminis potest.*

Ambos textos parecen conducir a la misma conclusión: el hijo no puede acusar penalmente de *falsum* (figura genérica) y más específicamente *de partu supposito* a la madre; esto sería contrario a las *pietas*, pero en el rescripto de Alejandro Severo sí se les permite actuar *civiliter (de fide scripturae)* tratando de averiguar la *fides veritatis*. La explicación causal: *pecuniarium compendium*, no deja de ser un subterfugio para no legalizar la acusación penal. Es más

claro el rescripto que Macer, aunque éste enmascara la verdadera situación: para los hijos y libertos que investigan los hechos de padres y patronos es un subterfugio la explicación *non ut crimen vis eis intendat sed ut possessionem recipiant*. Para el *filius* que acusa de *falsum* a la madre aún queda mucho más enigmático la posible explicación de Macer, porque el causal *quod magis coheredem haberet*, no tiene relación con *reum lege Cornelia permissum non est*. No tiene relación penal, pero sí civil, según lo dispuesto por Alejandro Severo. Y no tiene relación penal exclusivamente cuando es un hijo quien acusa a la madre, pero no en el caso de otras personas como los sobrinos (D. 34,9,16 pr. Pap.). En ambos textos, y sobre todo en el rescripto imperial, no acaba de verse claro una posible doble función civil y penal de la *accusatio falsi*. Se prohíbe al hijo la investigación penal del *falsum* de la madre, pero se permite la investigación de la *fides scripturae* o *fides veritatis* que no son otra cosa que el contenido de la falsedad. En C. 9,22,5 se prima el *pecuniarium compendium*; sólo desde este prisma se permite la *inquisitio* sobre la *fides veritatis*, pero esta *inquisitio* en el caso de acusación de hijos contra la madre se la priva de toda función penal en obsequio a la *pietas*, en cuanto del *falsum* penal se deriva la pena capital (tradicción que llegó al Derecho histórico español donde se prohibía a los hijos acusar a los padres de delitos que llevaran aparejados pena capital, o meramente de penas aflictivas). Por ello⁴⁷ se trata de una finalidad que incide en vía directa solamente en el ámbito patrimonial de las relaciones, y que pone ambas posibilidades de ataque sobre dos planos jurídicamente diversos. Por lo que a nosotros interesa, es evidente la inclusión del *partus suppositus* dentro del *falsum* con su aneja *poena legis (Corneliae)*, aunque sólo sea intentable por los que no sean hijos contra la madre, al menos en la vía penal, pues la vía civil en cuanto mira la esfera patrimonial, si les está permitida, y aun cuando paradójicamente la vía civil tenga que realizar una *inquisitio* que necesariamente versará sobre un *falsum*, como claramente pone de relieve Alejandro Severo, que en obsequio a la *pietas* filial se ve obligado a forzar la argumentación sobre la esfera patrimonial enmascarando civilmente lo que es una *accusatio* (penal) *falsi* excluyéndose esta vía penal a los hijos,

47. ARCHI, *Scritti Beat. Ferrini*, I, 8.

no a otros familiares como ya señaló Papiniano, y puede verse en otro rescripto diocleciano.

C. 9,22,10 (*Impp. Diocletianus et Maximianus A.A. Legitimo*): *Cum suppositi partus crimen patrum tui uxori moveas, apud rectorem provinciae instituta accusatione id proba* (a. 285).

La *cognitio del crimen*, plenamente admitida para los sobrinos, en provincias la conoce el gobernador, y en Roma el *praefectus urbi*, como informa Ulpiano citando una epistula de Alejandro Severo en D. 1,21,1 pr., y ya estamos clarísimamente ante casos de *cognitio extra ordinem* que fue atrayendo a los delitos que primeramente habían sido reprimidos a través de las *leges publicae*, y que en la época imperial senadoconsultos y decisiones imperiales iban extendiendo a nuevas figuras criminosas alargando el campo de los tipos penales republicanos como fue el caso del *falsum*. La extensión del *falsum* al *crimen de partu supposito* tiene notables paralelos con otras extensiones del *falsum* a nuevas figuras que tienen como denominador común todo atentado contra la *fides veritatis*; en el caso del *partus suppositus* el tipo penal se deriva de la conducta delictiva de la madre, siempre de la madre, falsificando la pertenencia del hijo a la familia, y más específicamente de la falsificación de la relación de procreación, con la consiguiente alteración de los signos de identidad del *filius* (*nomen* y patronímico del padre), lo que en los códigos penales modernos ha ido a encuadrarse dentro de los delitos contra el estado civil de las personas, asumiendo unas características penales autónomas, que no se dieron en Roma, donde este delito fue sancionado dentro de las falsedades. Con mentalidad penalística moderna, podemos decir que la eficacia de la falsificación exige la usurpación de estado⁴⁸, conducta que en nuestro caso siempre realiza la madre, que en Roma es siempre el sujeto pasivo del delito, en cuanto es sancionada muy severamente, y también es el principal sujeto activo de la conducta criminal, aunque pueden coadyuvar comadronas, también sancionadas cuando se cometen estas conductas delictivas con gran severidad. Esta conexión fue vista por los juristas romanos, de manera que la conexión entre el *falsum* y el *partus suppositus* fue evidente a sus

48. Vid. CARNELUTTI, *Teoría del falso*, Padova (1935) 184.

ojos, planteando gravísimos problemas; de un lado penales; de otro, respecto a las consecuencias civiles cuando el pretor introdujo la *bonorum possessio* tanto *secundum tabulas* como *contra tabulas*. Especialmente la *bonorum possessio secundum tabulas*, que atribuía al testamento un valor probatorio esencial, incidía para los impugnantes de un *partus suppositus* de un modo fundamental. No era fácil el intento de la *accusatio*; corrían el riesgo los impugnantes de ser declarados indignos al no triunfar; no podían los propios hijos acusar a la madre por llevar la acusación implícita una pena capital; pero el tema existía. La conducta penal falsaria fue recogida por la conciencia jurídica de la época, que no tutela simplemente un interés de naturaleza privada como en principio puede estimarse la veracidad de la mera prueba documental (C. 9,22,5), sino que se trata de tutelar un interés público: la *fides veritatis*. El *summum supplicium* impuesto a la comadrona que interviene en el fraude, como informa PS 2,24,9: *obstetricem, quae partum alienum attulit, ut supponi possit, summo supplicio adfici placuit*; la pena capital prevista para los falsarios; la minuciosa regulación del edicto *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* dirigido a evitar la suposición de parto, muestran la gravedad de esta conducta penal, cuya represión se configuró dentro de las sanciones de la *lex Cornelia de falsis*. Es evidente la configuración del *partus suppositus* como un *crimen* dentro de aquella corriente de ampliaciones de la *lex Cornelia* en que se elevaron a delitos públicos, *crimina*, aquellos casos de alteración de la verdad en que se veía especialmente lesionada la credibilidad en actos que deben presumirse ciertos, credibilidad necesaria para la conciencia social⁴⁹, en definitiva, lo que hoy llamamos fe pública, totalmente atacada en el caso de la suposición de parto, por lo que supone de delito contra el estado civil de las personas, falseando la identidad del hijo, y por las consecuencias perjudiciales de esta conducta penal para los herederos legítimos y sustitutos. Las vías de ataque contra las consecuencias económicas de la suposición de parto son varias: unas vías penales, y otras vías civiles impugnando la *fides scripturae*, en definitiva el *iudicium defuncti* manifestado en la creencia de la certeza del hijo; incluso en algún texto se toma la institución de heredero del *suppositus* como *pro non scripto*

49. ARCHI, *Problemi*, 114.

(D. 37,10,1,11 Ulp.). Todo esto demuestra el enorme laboreo legislativo y jurisprudencial para ir encuadrando dentro de cauces jurídicos correctos el *partus suppositus*. Su estructuración definitiva sin embargo, a mi modo de ver sólo pudo venir dado por la vía penal, que no pudo ser otra que su comprensión dentro del *crimen falsi*, elevando a delito público una conducta penal reprobada por la comunidad, y en la que podemos ver una directriz de carácter dogmático en la evolución que ha llevado del campo restringido de la *lex Cornelia testamentaria nummaria* a la amplitud de épocas sucesivas⁵⁰. En realidad, pocos crímenes fueron tan estudiados por la Jurisprudencia como el *falsum* y para la construcción de este crimen fueron decisivos los senadoconsultos y decisiones imperiales. No pudiendo acudirse a la tarea innovadora pretoria en cuanto su *iurisdictio* no podía traspasar la barrera legal de la materia penal, se acudió en primer lugar al Senado que a través de nuevos senadoconsultos aplicaban las penas previstas para un determinado delito a otros tipos penales distintos de los originarios⁵¹; también las constituciones imperiales innovaron esta materia, que por esta vía, a la que hay que unir la tarea interpretativa de los juristas, iban dando certeza al Derecho penal romano. Pero ya no eran los delitos exactos previstos en las *leges publicae*, sino que se iba profundizando y ensanchando la materia penal. Todavía podemos ver huellas de la antigua dicotomía republicana en la contraposición clásica entre *iudicia publica* y los procesos privados del *ius civile*, del que hemos tenido ocasión de mostrar su validez en el rescripto de Alejandro Severo del 230, donde una misma especie penal: *crimen falsi*, es contemplado en sus vertientes penal y civil, aunque también es cierto que esta distinción viene explicada en base al *obsequium* a la *pietas* filial, porque fuera de estos casos, la acusación *de partu supposito* sería siempre un proceso penal, aún con las particularidades procesales que vimos en D. 48,10,30,1 en el sentido de que la acción penal no es pública, sino que sólo pueden ejercitarla los padres o los que tengan un interés directo en el pleito, salvo los hijos, y los términos de prescripción de la acusación en D. 48,10,19,1 (= PS 5,25,1b). Por otra

50. TORRENT, 114.

51. TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, II, Oviedo (1980) 276.

parte, creo que estas nuevas figuras de Derecho penal público⁵² introducidas después de las *leges Iuliae*, encontraron su asentamiento procesal en la *cognitio extra ordinem*, fundamentalmente a través de la actividad imperial que tiende a reprimir nuevas hipótesis penales, reconduciéndolas dentro de las *leges publicae* republicanas, o incluso creando nuevos *crimina extraordinaria*⁵³, lo que explica la *cognitio* del *praefectus urbi* en Roma, y del *praesides* en provincias. A su vez, esta sustitución de los antiguos *iudicia publica* por la *cognitio extra ordinem*, testimoniada por Paulo (D. 48,1,8) aporta una serie de novedades procesales, sobre todo en materia de acusación y de la eficacia de la prueba.

Todas estas líneas podemos verlas en el seguimiento que hemos intentado en las fuentes del *crimen de partu supposito*, cuyo reconocimiento como tal podemos fijarlo con toda seguridad a partir del 193 d. C., lo que no excluye que pudiera haber sido reconocido como figura de *falsum* desde una época algo anterior a lo largo del siglo II d. C. La colocación sistemática de los textos relativos al tema en D. 48,10 y en C. 9,22 (*ad legem Corneliam de falsis*) no es un dato que meramente pueda atribuirse a los comisarios justinianos, sino que debe remontarse a sus fuentes originales⁵⁴, que situando la *suppositio partus* dentro del *falsum*, y por la vía de la *cognitio extra ordinem*, iban dando tecnicismo y autonomía a la materia penal, y sustancialmente afirmando el principio de legalidad del Derecho penal romano.

ARMANDO TORRENT

Departamento de Derecho Romano
Universidad de Valladolid

52. También LAURIA, *Acc. Inq.* 5.

53. BRASIELLO, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Roma (1972) 207-208.

54. ARCHI, *Problemi*, 21 i. nt.

EL FUERO DE UCLES (SIGLOS XII-XIV)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. FUENTES PARA EL ESTUDIO DEL FUERO DE UCLES.—III. EL FUERO DE UCLES Y LA HISTORIOGRAFIA DEL DERECHO.—IV. EL FUERO LATINO: A) El texto. B) Precedentes jurídicos: 1) *El Fuero Latino de Uclés y el Fuero de Fresnillo*; 2) *El Fuero Latino de Uclés y el Fuero de Carcastillo*; 3) *El Fuero Latino de Uclés y el Fuero primitivo de Belinchón*; 4) *El Fuero Latino de Uclés y el Fuero antiguo de Zorita de los Canes*; 5) *El Fuero Latino de Uclés y el Fuero de Sepúlveda*. C) El contenido del Fuero Latino.—V. EL FUERO ROMANCEADO: A) Precedentes y estructura. B) El Fuero Romanceado de Uclés y el Fuero de Sepúlveda. C) El Fuero de Uclés y el Fuero de Molina de Aragón. D) El fuero de Uclés y el Fuero de Cuenca.—VI. MEJORAS Y ADICIONES AL FUERO DE UCLES: 1) *El privilegio de 1227*; 2) *El privilegio de 1242*; 3) *El privilegio de 1256*; 4) *El privilegio del maestro Vasco Rodríguez*; 5) *El privilegio del maestro Alfonso Méndez*.—VII. LA EXPANSION DEL FUERO DE UCLES: 1) *El fuero de Estremera*; 2) *El fuero de Dos Barrios*; 3) *El fuero de Fuente el Saúco*; 4) *El fuero de Huélamo*; 5) *El fuero de Montealegre*; 6) *El fuero de Añador*; 7) *El fuero de Torre de Don Morant*; 8) *El fuero de Chozas*; 9) *El fuero de Villanueva del Cardete*; 10) *El fuero de Fuentidueña*; 11) *El fuero de Puebla de Almuradiel*.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. APENDICES: 1) Concordancias entre el Fuero Latino de Uclés y el Fuero de Fresnillo; 2) Concordancias entre el Fuero Latino de Uclés y el Fuero de Medinaceli (versión de Carcastillo); 3) Concordancias entre el Fuero de Belinchón, el Fuero Latino de Uclés, el Fuero antiguo de Zorita de los Canes y el Fuero Romanceado de Uclés; 4) Concordancias entre el Fuero Latino de Uclés y el Fuero de Sepúlveda.

I. INTRODUCCION

La donación por Alfonso VIII del castillo, villa y término de Uclés a la Orden de Santiago en 1174¹, marca el final de un período de cerca de un siglo caracterizado por el deterioro progresivo de las es-

1. El privilegio es de 1174, enero 9, Arévalo; lo ha editado, entre otros, Julio GONZÁLEZ, *El reino de Castilla en la época de Alfonso VIII*, 3 vols., Madrid 1960, vol. II, 323-324, núm. 195.

estructuras de poder en este sector fronterizo de la Marca media musulmana. Concomitantemente, inaugura una etapa plurisecular de vinculación de esta villa de la Mancha oriental a la Orden de Santiago, la cual hizo de Uclés sede central de tal institución en Castilla².

Los frailes jacobeos emprendieron enseguida las tareas de ocupación y organización del territorio que les había cedido el monarca castellano. Contribuyeron a esta diligencia el peligro y ulterior pérdida de las posiciones extremeñas que Fernando II de León había donado a la Orden, las cuales, en el mismo año de 1174, volverían al dominio musulmán al ocupar Abû Jacub la Transierra leonesa³. Fue también favorecida esta pronta ocupación por la competencia colonizadora de la Orden de Calatrava, cuyo maestre, Martín Pérez de Siones, mostraba por las mismas fechas marcado interés hacia Uclés⁴, así como por la necesidad de desplazar a la Orden de San Juan, la cual había recibido Uclés de Fernando II de León y Alfonso VIII de Castilla en 1163, si bien no parece que estos freiles intentaran arraigar en la villa⁵. Finalmente, la posición estratégica de Uclés y la existencia de defensas militares musulmanas contribuirían a prever para este lugar posibilidades de prosperidad futura en la guerra de frontera⁶.

2. No existe un estudio documentado de conjunto sobre la Orden de Santiago. De la historiografía antigua cabe destacar la obra de F. RADES Y ANDRADA, *Crónica de las tres Ordenes y caballerías de Santiago, Calatrava y Alcántara*. Toledo 1572 (reimpresión, Barcelona 1980). De divulgación es la de F. GUTTON, *L'Ordre de Santiago (Saint Jacques de l'Épée)*. París 1972. Para la Edad Media, las mejores monografías, aunque parciales, son D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago (1170-1195)*. Madrid 1965; y J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden Militar de Santiago (1170-1195)*. Barcelona 1974; menos consistente, R. SÁINZ DE LA MAZA, *La Orden de Santiago en la Corona de Aragón. La Encomienda de Montalbán (1210-1327)*. Zaragoza 1980. Muy útil es la bibliografía y revisión historiográfica de D. W. LOMAX, *Las Ordenes Militares en la Península Ibérica durante la Edad Media*. Salamanca 1976.

3. J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 9; Id., *Fernando II de León y la Orden de Santiago (1170-1181)* en «Anuario de Estudios Medievales» 1 (1964) 167-196. D. W. LOMAX, *La Orden*, 7.

4. La Orden de Calatrava obtuvo diezmos en Uclés en abril de 1174, reteniéndolos hasta 1182 (J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 109-110 y doc. 146). Sobre Martín Pérez de Siones, J. O'CALLAGHAN, *Martín Pérez de Siones, Maestre de Salvatierra* en «Hispania» 22 (1962) 163-170.

5. Julio GONZÁLEZ, *Regesta de Fernando II*. Madrid 1943, 376.

6. Sobre las fortificaciones de Uclés puede verse: P. QUINTERO ATAURI,

Una característica destacada de la Mancha oriental durante el siglo XII es su posición intersticial, intersticial tanto en lo cultural como en lo político y en lo militar. El sistema religioso y político musulmán —en el cual Uclés había gozado de un protagonismo relativo desde su constitución en ciudad en la segunda mitad del siglo VIII—⁷ retrocedió a raíz de la conquista cristiana de Toledo (1085), para imponerse de nuevo tras la batalla de Uclés (1108) y retirarse formalmente en 1157 al pactar Alfonso VII con el rey Lobo de Murcia la permuta de Alicún (situada cerca de Baza) por Uclés⁸. La derrota cristiana de Alarcos (1195) frente a los almohades agudizó las características de territorio intermedio y fronterizo de la Mancha oriental, características que se mantendrían hasta bien entrado el siglo XIII, hasta que las consecuencias de la batalla de Las Navas (1212) la convirtieran paulatinamente en retaguardia de Castilla⁹.

La villa de Uclés no volvió al dominio político musulmán después del pacto de permuta de Alfonso VII. Las formas de colonización «en términos cristianos» que estableció en su territorio la Orden de Santiago pudieron, por tanto, desarrollarse sin solución violenta de continuidad durante el resto de la Edad Media. Estas formas de colonización incluyeron garantías de control por parte de la Orden de la administración política, económica y eclesiástica de las poblaciones que fundó o que carecían de precedentes cristianos conocidos. Pudo hacerlo porque, recogiendo la doctrina expuesta y sancionada por Ber-

El castillo y monasterio de Uclés en «Boletín de la Sociedad Española de Excursiones» 2 (1894) 184-190; D. PÉREZ RAMÍREZ, *El castillo de Uclés*, en «Boletín de la Asociación Española de Amigos de los Castillos» 4 (1956) 5-12; y M. RIVERA, *El castillo-fortaleza de Uclés en la Baja Edad Media. Datos histórico-arqueológicos* en «Cuenca» 17 (1980), 35-49.

7. La mejor descripción del Uclés musulmán es de AL-HIMYARI, *Kitab ar-Rawd al-Mictar*. Valencia 1963 («Textos Medievales» 10), 65-66. Por su parte, IDRISI clasificó a Uclés entre las ciudades «medianas», equiparándola a Zorita, Huete, Chinchilla, Alcocer da Sal, Santa María de Algarbe, Almuñécar, Guadix, Lorca y Burriana (*Geografía de España*. Valencia 1974 [«Textos Medievales» 37], 186).

8. Julio GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, vol. I, 103; José-Luis MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 109 y doc. 66.

9. Sobre el distinto ritmo de repoblación entre el Tajo y Sierra Morena antes y después de Las Navas véase Julio GONZÁLEZ, *Repoblación de Castilla la Nueva* Madrid 1975, 2 vols., vol. I, 243-296.

nardo de Clervaux y los precedentes de otras Ordenes militares, se situó como institución en los márgenes de la estructura religiosa y de la estructura política constituidas en su tiempo, beneficiándose de prerrogativas de ambas¹⁰. La falta de unas estructuras arraigadas de poder que caracteriza a las sociedades de frontera¹¹ o, cuando menos, el rechazo de las que pudieran quedar del dominio enemigo por los nuevos ocupantes, facilitó a la Orden de Santiago el ensayo de su peculiar modelo de sociedad cristiana, pieza fundamental de la cual era el ordenamiento jurídico. En Uclés promulgaron leyes (con o sin el mandato expreso del monarca) los maestros de la Orden y/o los comendadores de Uclés, y lo hicieron unas veces por iniciativa propia, otras en respuesta a resistencias o exigencias de sus vasallos; este último suele ser el origen de las cartas de mejora del fuero. En términos generales puede decirse que la obra legislativa de la Orden de Santiago en el territorio que nos ocupa estuvo encaminada al establecimiento de un modelo de sociedad agropecuaria y militar, cuyos miembros gozaran de estatuto de libertad personal y de la propiedad de la tierra a cambio de contribuir con sus personas y bienes a la lucha de frontera y al sostenimiento de sus señores, los santiaguistas.

10. *Liber de Laude Novae Militiae ad milites Templi*, en S. Bernardi *Opera*, ed. por Jean Leclercq, vol. III (Roma 1963) 207-239; también en MIGNE, *P.L.*, 182: 921-940; hay traducción castellana de G. Díez Ramos en *Obras Completas de San Bernardo*, Madrid 1955, vol. II, 853-880 (B.A.C. 130). He estudiado esta posición interestructural de la Orden de Santiago en *Los ritos de iniciación en la Orden de Santiago*, «I Simposio Internacional de Historia de Cuenca» (Cuenca 1977) (en prensa).

11. Son los historiadores norteamericanos los que más han estudiado las peculiaridades de las formas sociales de frontera y su repercusión en la constitución de Estados nacionales; de y sobre su teórico más destacado puede verse *Frontier and Section. Selected Essays of Frederick Jackson Turner*. Introducción y notas de R. A. Billington. Englewood Cliffs (N. J.) 1961. Ha aplicado algunas de estas ideas a la historia medieval castellana C. J. BISHKO, *El castellano, hombre de llanura. La explotación ganadera en el área fronteriza de la Mancha y Extremadura durante la Edad Media en Homenaje a Jaime Vicens Vives*. Barcelona 1969, vol I, 201-218.

II. FUENTES PARA EL ESTUDIO DEL FUERO DE UCLES

Se conservan los siguientes textos relacionados con el derecho vigente en Uclés entre los siglos XII y XIV:

a) En primer lugar, dos compilaciones de disposiciones jurídicas: un Fuero Latino de 1179¹² y un Fuero Romanceado o Extenso redactado probablemente a mediados del siglo XIII¹³.

12. Del Fuero Latino de Uclés sólo se conservan dos copias del siglo XIII, una de la primera mitad del siglo en el Tumbo menor de Castilla (AHN, Cód. 1046 B, lib. II, c. 22, p. 154-160) y la otra de mediados del mismo inserta con ligeras variantes en el código del Fuero Romanceado y como colofón a éste (BN, Ms. 17855, fols. 30r-33v). La primera (B) lleva el epígrafe *De los fueros de Uclés*; la segunda (C), *Del testamento de la carta et de los foros*. Del Fuero Latino de Uclés existen las siguientes ediciones: J. LÓPEZ AGURLETA, *Vida del venerable fundador de la Orden de Santiago y de las primeras casas de redención de cautivos*. Madrid 1731, 35-36 (de B, parcial); B. DE CHAVES, *Apuntamiento legal sobre el dominio solar que por expresas y reales donaciones pertenece a la Orden de Santiago en todos sus pueblos*. ¿Madrid 1740? (reimpresión, Barcelona 1975), fols. 31v-32r (parcial, no indica fuente pero sigue a B); J. A. LLORENTE, *Noticias históricas de las tres Provincias Vascongadas...* 4 vols. Madrid 1806-1807, vol. IV, 240-243 (de la Colección diplomática de Gaspar de Jovellanos, en que se sigue a B); F. FITA, *El fuero de Uclés en «BRAH»* 14 (1889) 338-344 (de C, con variantes de B); P. QUINTERO, *Uclés, antigua residencia de la Orden de Santiago*, 3 vols., Madrid 1904-1915, vol. I, 131-139 (de Fita); E. SÁEZ, *Los fueros de Sepúlveda*. Segovia 1953, 178-183 (de B, con variantes de C); J. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II, 517-522, doc. 315 (de B con variantes de C); J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 277-280 (de B); M. RIVERA, *Colección diplomática de Uclés* (2.ª parte de tesis doctoral inédita, Barcelona 1978), doc. 7 (B y C).

13. Como indico en la nota anterior, el código —único conocido— del Fuero Romanceado o Extenso de Uclés se conserva en la Biblioteca Nacional, ms. 17855, de la Colección Gayangos (véase su descripción, luego, en este mismo apartado). La primera edición es de F. CERDÁ Y RICO, en el volumen de *Apéndices* (p. 360-388) a las *Memorias históricas de la vida y acciones del rey don Alonso el Noble* que imprimió A. Sancha en Madrid a fines del siglo XVIII y principios del XIX y del cual se conservan rarísimos ejemplares (uno, procedente de la Col. Gayangos, en la BN, R. 13560 [por errata, R. 13566 en UREÑA, *Fuero de Cuenca*. Madrid 1935, CXXXI]); el Fuero de Uclés ocupa las últimas páginas que se imprimieron de este volumen y quedó incompleto: fueron editados a doble col. los 86 primeros títulos (87 de mi edición) quedando por tanto inéditos al menos 131 preceptos. Cerdá y Rico no indica

b) Seis concesiones de amejoramiento del fuero originario, otorgadas por la Orden de Santiago en 1227, 1242, 1256, 1325 y 1338¹⁴.

c) Once concesiones del Fuero de Uclés a villas de repoblación santiaguista al sur del Tajo¹⁵.

la fuente utilizada; pudo ser el manuscrito original, pero es más probable que lo fuera la copia que hizo Juan Antonio Fernández en 1790; puede incluso pensarse que esta copia se hiciera con motivo de la preparación de dichos *Apéndices*. Posteriormente lo editó Fidel FITA, *Los fueros de Uclés* en BRAH 14 (1889) 305-344. Utilizó el manuscrito original, que estaba entonces en poder de Pascual de Gayangos, e indicó las variantes de la parte editada por Cerdá y, para el Fuero Latino, de la copia conservada en el Tumbo menor de Castilla (véase antes, nota 12). La edición de Fita carece de comentarios y no está libre de errores, pero es sin duda la mejor de todas, podría decirse incluso que la única. De Fita copió Pelayo QUINTERO en *Uclés*, I, 88-131. He editado el Fuero Romanceado de Uclés en *Colección diplomática de Uclés*, doc. 236.

14. Son: 1227, mayo (AHN, Sellos, carp. 73, núm. 3): *El maestro de Santiago Pedro González y el cabildo de los freiles de Uclés acuerdan con el concejo de la villa que los ganados de ésta no paguen montazgo en los castillos fronterizos de Añador, Quitrana y Alcubillas, y regula el cobro del mismo en otros puntos. A cambio de ello, el concejo de Uclés entrega a la Orden lo que posee en Almuradiel.* 1242, octubre (AHN, Uclés, carp. 339, núm. 10): *Rodrigo Yáñez, maestro de Santiago, Pelay Pérez, comendador de Uclés, y Fernando Pérez, prior de Uclés, acuerdan con el concejo de la villa que la contribución anual que ésta les debía en cereal se pague en adelante en una cantidad fija en metálico de seiscientos maravedís.* 1256, septiembre (AHN, Uclés, carp. 338, núm. 20); (pub. D. W. LOMAX, *La Orden*, 265-266): *Pelay Pérez, maestro de Santiago, concede al concejo de Uclés carta de ampliación y mejora del fuero de la villa,* 1325, nov. 13 (pub. P. QUINTERO, *Uclés*, III, 103-104): *Vasco Rodríguez, maestro de Santiago, concede a la villa de Uclés que tenga cuatro alcaldes.* 1338, marzo 13 (pub. P. QUINTERO, *Uclés*, III, 1-2): *El mismo maestro confirma ciertos privilegios concedidos por su predecesor Diego Muñiz a la villa de Uclés y le otorga ciertas mercedes.* 1338, sept. 3 (pub. P. QUINTERO, *Uclés*, III, 3-4): *Alfonso Méndez, maestro de Santiago, concede al concejo de Uclés mil doscientos maravedís que el debía cobrar por la martiniega.* He editado estos textos en *Colección diplomática de Uclés*, docs. 138, 188, 210, 243, 247 y 248..

15. Se trata de los fueros de Estremera (h. 1182), Dos Barrios (1192), Fuente el Saúco (1194), Huélamo (1206-1210), Montealegre (1217-1221), Añador (1224), Torre de Don Morant —después Torrebucait— (1229), Chozas —después Villamayor de Santiago— (1321), Villanueva del Cardete (1318-1327), Fuentidueña de Tajo (1328) y Puebla de Almuradiel (1331). Véase luego, VII, *La expansión del Fuero de Uclés*.

d) Dos aranceles de portazgo¹⁶.

e) Cuatro confirmaciones de los fueros y privilegios de Uclés, otorgadas por Alfonso XI y por tres maestros de Santiago¹⁷.

Aunque no se conserva el original del Fuero Latino, la concesión hacia 1182 a Estremera de un fuero casi idéntico por el mismo maestro Pedro Fernández, permite corroborar la vigencia de sus preceptos en Uclés pocos años después de la ocupación de esta villa por la Orden de Santiago¹⁸.

Por su parte, el Fuero Romanceado se nos presenta como una compilación elaborada en común por el concejo de Uclés y por sus señores, sin más cláusula formal que la frase que lo encabeza: «Hec est carta que fecerunt concilio et seniores de Ucles pro salute de maximo usque ad minimum»¹⁹. El código está incompleto y en la parte conservada no hay alusión alguna a la fecha en que fue redactado ni a los personajes que intervinieron en su recopilación; por el mismo motivo faltan también la robra y las suscripciones, si es que las hubo²⁰.

La descripción del código del F. Romanceado es la siguiente. Tiene treinta y tres folios en pergamino, compuestos en siete cuadernos que constan: los cuatro primeros de cuatro hojas, el quinto y el sexto de seis, y el séptimo de cuatro; sigue una hoja suelta. Dada la irregularidad del número de hojas por cuaderno, no es posible calcular

16. 1172-1182: *Relación de aranceles de los productos que pagaban portazgo en Alarilla y en Uclés* (pub. J.-L. MARTÍN, *Portazgos de Ocaña y Alarilla en AHDE* 32 [1962] 523-525). 1226, nov. 20: *Pedro González, comendador de Uclés, y el cabildo del convento del mismo lugar acuerdan con el concejo de Ocaña el arancel de portazgo que los de esta villa han de pagar en los barcos de Alarilla y Oreja* (pub. *Ibid.*, 525-526).

17. Son de 1338, agosto 22; 1388, agosto 24; [1409-1410], mayo 15; y 1420, enero 8. Las publica P. QUINTERO, *Uclés*, III, 2-7 y I, 152.

18. Sobre el fuero de Estremera véase luego VII, 1.

19. El fuero de Madrid presenta un encabezamiento parcialmente similar: «Hec est carta quem facit concilium de Madrid ad honorem domino nostro rege Alfonsus et de concilio de Madrid unde dives et pauperes vivant in pace et in salute» (ARCHIVO DE LA VILLA, *Fuero de Madrid*. Madrid 1932). Véase A. M. BARRERO, *El Fuero de Teruel. Su historia, proceso de formación y reconstrucción crítica de sus fuentes*. Madrid, 1979, 29 y notas 103, 104.

20. A. GARCÍA-GALLO, *Aportación al estudio de los fueros en AHDE* 26 (1956) 434 nota 140, alude a la ausencia de cláusulas diplomáticas en esta recopilación, si bien las finales no se puede afirmar o negar que existieran.

cuántas faltan en el último, ni tampoco si había otros cuadernos. La parte conservada está completa, sin que se observen lagunas en el contenido.

Precede al texto en pergamino un folio de guarda en papel en que está escrita, en letra autógrafa de Pascual de Gayangos, la siguiente nota: «Pascual de Gayangos. Según la nota final un anticuario llamado Juan Antonio Fernández, de quien poseo otros papeles y libros, copió este códice en 1790. Y no debió volverlo al Ayuntamiento de Uclés, o donde quiera que estuviese, pues por los años de 1845 yo mismo lo compre en Tudela á un maestro de Escuela que lo hubo con otros libros y papeles antiguos, y entre ellos una hoja del antiguo poema del Cid, que conservo».

El códice ha sido encuadernado modernamente en piel negra; Fidel Fita, en 1888, lo describe encuadernado «en pasta de color negro con filetes dorados»²¹. El tamaño de los folios es de 231/154 y el de la caja de escritura de 148/102. La primera página consta de dieciocho líneas, las restantes de diecinueve.

La letra es gótica, de mediados del siglo XIII, de fácil lectura, en tinta negra. Aunque se observan ligeras diferencias de trazado, no se puede asegurar que hayan intervenido en su elaboración varias manos. Las abreviaturas son frecuentes, las diferencias gráficas no demasiado numerosas.

Se conservan restos de la foliación antigua en números romanos; la arábica es moderna, de la misma tinta y mano que la numeración de las rúbricas, que parece obra de Juan Antonio Fernández. El fuero consta de 218 títulos, aunque aparezcan numerados sólo 217, pues el autor de esta numeración se saltó un título entre el tercero y el cuarto. Todo el texto está rubricado en rojo y las iniciales, tanto las de las rúbricas como las de los preceptos, alternan en su decoración los colores rojo y azul. La gran H con que comienza el texto del fuero está pintada en rojo, marrón y violeta. En las esquinas de algunos folios aparecen dibujos de hojas y cabezas estilizadas muy simples.

Las correcciones al texto son numerosas, en parte interlineadas, en parte al margen, y parecen todas ellas de una sola mano y contemporáneas al texto. La puntuación es la habitual en la época. ! según la duración de las pausas.

21 F. FITA, *El fuero de Uclés*, 303, nota 2.

Hay también numerosas notas y breves comentarios de distintas épocas en los márgenes. En el fol. 18v, en el margen inferior, hay una firma que parece decir: «Ruy Fernández»; en el fol. 19r, otra: «Yo García Fernández vi», en letra que parece del siglo XIV: podría tratarse de una autorización hecha por el maestre de Santiago García Fernández de Trujillo, que ejerció este cargo entre 1318 y 1327, aproximadamente²². En el fol. 3v, en el margen derecho, una nota que dice: «Juan Antonio Fernández, natural de Tudela de Navarra, copió este Fuero en 19 de agosto de 1790».

La pauta para la escritura y para la fijación de los márgenes está hecha en seco, con punzón. El estado de conservación del códice es bueno en líneas generales: solamente los dos primeros folios están muy desgastados por el uso y algunas palabras son ilegibles. No es posible establecer similitudes importantes de escritura ni de estilo decorativo entre este códice del Fuero y la Biblia Sacra de Uclés, escrita en la villa y firmada en 1298²³.

Al final del códice hay dos folios en pergamino en uno de los cuales (34r) hay numerosas firmas, palabras y frases sueltas de diversas manos y épocas; en el siguiente (34v-35r) está copiado en letra gótica, de mano distinta de la del texto del fuero, el principio del Evangelio según San Juan; en la parte baja del fol. 35r aparece, rústicamente dibujada, una Crucifixión.

No puede afirmarse con seguridad si el códice que acabo de describir procede del Archivo Municipal de Uclés o del santiaguista que hasta finales del siglo XIX se conservaba en la misma villa, en el monasterio señorial. En Uclés debió estar, no obstante, hasta que en 1790 lo sacó de allí Juan Antonio Fernández, el erudito que elaboró el *Indice de Escrituras de Uclés* que conserva el Archivo Histórico Nacional²⁴. Este lo llevaría a su ciudad natal, Tudela, donde quedaría

22. Debe recordarse aquí que el maestre García Fernández concedió el fuero de Uclés a Villanueva del Cardete (AHN, Uclés, carp. 93, núm. 33; pub. *Colección diplomática de Uclés*, doc. 244). Véase luego, VII, 9.

23. La Biblia Sacra de Uclés se conserva en la Biblioteca Nacional, ms. 922, 923, 924 y 925. Su descripción en M. DE LA TORRE y P. LONGAS, *Catálogo de Códices Latinos de la Biblioteca Nacional*, tomo I, *Biblicos*. Madrid 1935, 67-75.

24. El *Indice* en tres vols. (del que se conservan el II y el III) fue re-dactado en Uclés entre 1789 y 1793; su letra es distinta de la de la nota en

hasta que hacia 1845 lo compró Pascual de Gayangos. Con la biblioteca de éste pasó el manuscrito del Fuero Romanceado de Uclés a la Biblioteca Nacional.

No se conservan copias de este texto. La que sin duda existió, hecha por Juan Antonio Fernández, no he logrado localizarla; la buscó también sin éxito Fidel Fita en la Academia de la Historia a fines del siglo XIX. En el caso de existir todavía, esta copia sería de especial interés si contuviera el fuero completo, ya que el códice tal vez no había perdido sus últimos folios cuando lo utilizó Juan Antonio Fernández²⁵.

Se puede afirmar que en el siglo XIII existían dos ejemplares de la recopilación del Fuero Romanceado de Uclés, una de ellas en poder del concejo y la otra en poder de la Orden de Santiago. Así consta en la carta de mejora del fuero otorgada en 1242, en la cual se inserta, entre las robras, una cláusula disponiendo que, para mayor garantía, su contenido fuera incluido en los ejemplares del Fuero de Uclés, tanto en el ejemplar que poseía el concejo como en el que la Orden custodiaba en el castillo de Uclés²⁶. Esta duplicidad de textos es reflejo de la doble intervención del concejo y de los señores de la villa en la redacción del Fuero Romanceado, según explica la cláusula formal que

fol. 3v, si bien F. FITA (*El fuero de Uclés*, 304) considera que ésta es autógrafa de J. A. Fernández y similar a la escritura del ms. C 176 de la BRAH, *Antigüedades de Cabeza de Griego*, obra de este erudito. Sobre Juan Antonio Fernández, J. R. CASTRO, *Juan Antonio Fernández, Archivero de la Orden de Santiago* en «Príncipe de Viana» 2 (1941) 103-127. Sobre el traslado del Archivo de Uclés al AHN, J. M. ESCUDERO DE LA PEÑA, *El Archivo de Uclés* en «Revista de Archivos» 2 (1872) 145-151 y 161-166.

25. No quiere esto decir, sin embargo, que el códice que conservamos llegara a concluirse.

26. «E demás d'esto e por más firmedumbre e por que esto fecho sea por fuero por siempre, esta nota d'estas cartas seelladas e que son partidas por ABC fiziémosla poner en las cartas del fuero d'Uclés, en la carta que tiene el concejo e en la carta que tiene la Orden en el castiello d'Uclés» (1242), octubre [AHN, Uclés, carp. 339, núm. 10] ed. M. RIVERA, *Colección diplomática de Uclés*, doc. 188). El término «carta» refiriéndose a la compilación en su conjunto aparece en el encabezamiento del Fuero Romanceado y en las cláusulas 120: «Istos nostros alcaldes iudicent per ista carta...» y 149: «De nuestros taiamientos deconcilio et de domino de Ucles sunt assi affirmados quomodo ista carta dicet ...».

lo encabeza²⁷ y también de la práctica corriente en Uclés en el siglo XIII en las avenencias entre el concejo y los santiaguistas²⁸.

Este dato permite asimismo proponer como fecha *ad quem* de redacción del Fuero Romanceado la de octubre de 1242, fecha que, por otra parte, completa la sugerida por el análisis paleográfico del manuscrito. No es posible comprobar si el contenido del amejoramiento de 1242 fue añadido a la compilación del Fuero, ya que, como he dicho, el códice que conservamos está incompleto²⁹. Otro dato que indirectamente avala esta propuesta es el interés que se observa en los mismos años por el amojonamiento del alfoz de la villa en su flanco sud-oriental: en septiembre de 1241 el obispo de Cuenca don Gonzalo fijó sobre el terreno los términos entre los concejos de Uclés y de Alarcón, por orden de Fernando III³⁰.

27. Véase antes, nota 19.

28. La carta de mejora pactada en 1256 entre la Orden y el concejo dice: «E por que esta postura e esta habenençia sea más valeduera e más firme por todos tiempos, mandamos fazer II cartas partidas por ABC e fiziémoslas seellar con el seyello del maestro e del comendador e del Cabillo General e con el seyello del conçejo de Uclés. E que tenga la Orden la una e los sesmeros la otra» (pub. D. W. LOMAX, *La Orden* 265-266).

29. Lo que sí puede decirse es que no está recogido entre los 217 preceptos del manuscrito. F. FITA fechó la redacción de éste en la segunda mitad del siglo XIII (*El fuero de Uclés*, 303). La redacción del Fuero Romanceado ha sido situada a mediados del mismo siglo por A. GARCÍA-GALLO, *Aportación*, 434, nota 140; por A. BARRERO, *Fuero de Teruel*, 29 y nota 104; y por E. GACTO, *Temas de Historia del Derecho: Derecho medieval*^o. Sevilla 1979, 100. A fines del siglo XIII la fecha R. GIBERT, *Historia General del Derecho Español* (Madrid 1978) 35. En 1179, por confusión con el Fuero Latino, F. TOMÁS y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid 1979) 152.

30. AHN, Sellos, carp. 73, núm. 7; lo he editado en *Colección diplomática de Uclés*, doc. 179. Los datos relacionados con la expansión del Fuero de Uclés son de más ambigua utilización en este sentido. Está documentada la concesión de Fuero de Uclés a siete lugares de repoblación santiaguista entre 1182 y 1229, lo cual haría quizá necesaria una recopilación de lo que se entendía por derecho de Uclés al finalizar el primer tercio del siglo XIII. Sin embargo, no es el Fuero de Uclés, sino el de Cuenca, el que el mastre de Santiago otorga a Montiel en 1243 y a Segura de la Sierra en 1246 (Julio GONZÁLEZ, *Reinado y Diplomas de Fernando III* [Madrid 1980], vol. I, 414-415). Las otras cuatro concesiones del Fuero de Uclés que están documentadas son del primer tercio del siglo XIV.

III. EL FUERO DE UCLÉS Y LA HISTORIOGRAFÍA DEL DERECHO

Escasa ha sido la atención dedicada por la historiografía jurídica a los fueros concedidos a la villa de Uclés, no obstante los textos conservados, varias veces publicados y el interés que podía despertar el tratarse de un dominio señorial que gozó de relativa independencia, adaptó a sus peculiares exigencias el derecho de la Extremadura castellana y lo implantó en numerosos lugares de repoblación de la Orden de Santiago, que hizo de este derecho recreado en Uclés derecho propio. El intento más destacable en este sentido es el de Rafael Gibert, que se sirve del Fuero Latino de 1179 y de las noticias de su expansión para apoyar su teoría sobre la vigencia en los territorios de la Orden de Santiago del derecho de Sepúlveda en su versión señorial, derecho que sería el originario de la Extremadura castellana, y en cuya expansión el Fuero de Uclés serviría de enlace entre los de Sepúlveda y Cuenca³¹, pero sin adentrarse más profundamente en su peculiar personalidad.

Para Gibert, «Sepúlveda es la sede originaria de un nuevo derecho castellano: el de la frontera del Duero, adoptado para la repoblación de las tierras castellanas al Sur»³². En el proceso de transmisión de este nuevo derecho castellano, el Fuero Latino de Uclés vendría a ser una formulación más adelantada del Fuero de Sepúlveda, formulación, por otra parte, de carácter señorial, ya que fue otorgado por el maestro de Santiago³³. A través de Uclés y bajo la denominación de Fuero de Uclés, el derecho castellano de frontera originado en Sepúlveda se difundiría por una serie de lugares repoblados por los santiaguistas. Siempre en opinión de Rafael Gibert, el Fuero de Uclés y los de Palencia y Belbimbre se contarían entre los principales precedentes del Fuero de Cuenca³⁴; en el Fuero de Cuenca alcanzaría

31. E. SÁEZ y otros, *Los fueros de Sepúlveda*, 398-402; R. GIBERT, *El Derecho municipal de León y Castilla durante la Edad Media* en AHDE 31 (1961) 761.

32. R. GIBERT, *El Derecho municipal*, 752.

33. *Ibid.*, 716-717.

34. *Ibid.*, 740. Véase sobre este punto A. BARRERO, *La familia del fuero de Cuenca*, 719, nota 21.

forma definitiva y romanizada ese derecho municipal de Castilla originado en Sepúlveda³⁵. Parece que Gibert no identifica, sin embargo, el Fuero de Sepúlveda con el Fuero de Extremadura; lo que sostiene es que «dentro del género de fueros de Extremadura (castellana), el de Sepúlveda fue el más antiguo, típico y duradero»; asimismo, que «estos caracteres le diferencian de los de Soria y Medinaceli, más modernos, de formación menos perfecta y de continuidad más limitada»³⁶.

Las afinidades textuales que, como luego veremos, existen entre el Fuero Latino de Uclés y el Fuero de Medinaceli que fue dado a Carcastillo son explicadas también por Gibert en beneficio de Sepúlveda. A su parecer, la presencia en el Fuero Latino de Uclés de cláusulas coincidentes con el Fuero de Medinaceli permite incluir a Medinaceli en el círculo del derecho de Sepúlveda³⁷.

Este carácter de sede originaria del derecho castellano de frontera que Rafael Gibert atribuye a Sepúlveda no es compartido en su planteamiento por Alfonso García-Gallo. No acepta este autor ni la difusión temprana del Fuero de Sepúlveda a Soria y Medinaceli, ni la ulterior a Cuenca y territorios de la Orden de Santiago a través de Uclés. Basa esta postura en *a*) la ausencia de mención a Sepúlveda al otorgarse fueros a Roa, Toledo, Soria y Medinaceli; *b*) en la eliminación de la cláusula relativa al fuero de Sepúlveda al conceder el maestre de Santiago a Estremera en 1182 un fuero por lo demás idéntico al Latino de Uclés; y *c*) en la fecha tardía (fines del siglo XIII) de las concesiones del Fuero de Sepúlveda a lugares de la Orden de Santiago³⁸.

García-Gallo propone como hipótesis la existencia no de prioridades estrictas del derecho de un lugar sobre el de otro, sino de áreas jurídicas diferenciadas identificables con regiones definidas por su coherencia en lo geográfico y en lo cultural. En cada una de estas áreas existiría un fondo común de costumbres jurídicas de diversa procedencia que gradualmente se consolidarían en textos redactados en distintos lugares y que, en su desarrollo progresivo, darían lugar

35. R. GIBERT, *El Derecho municipal*, 752.

36. *Ibid.*, 727, nota 69; en respuesta a objeciones de GARCÍA-GALLO en *Aportaciones al estudio de los fueros*, 431-433.

37. R. GIBERT, *El Derecho municipal*, 735. Sobre las concordancias entre los fueros de Uclés y Medinaceli, véase luego Apéndice 2.

38. A GARCÍA-GALLO, *Aportación al estudio de los fueros*, 432-433, notas 132-133.

a recopilaciones de varia envergadura³⁹. El método de conocimiento del derecho propio de cada una de estas áreas que García-Gallo propone es la crítica y cotejo de los textos conservados, y la reconstrucción hipotética, mediante éstos, de los perdidos⁴⁰.

De las áreas jurídicas que establece García-Gallo, es la de la Extremadura castellano-aragonesa la que afecta e incluye a Uclés. Geográficamente ha sido identificada con la Celtiberia prerromana, demarcación que se apoyaría por su parte en la existencia de una unidad natural constituida en la intersección de los Sistemas Ibérico y Central y sus estribaciones⁴¹. Se ha dicho asimismo que la conquista y dominación musulmanas no quebrarían esta unidad natural, ya que los invasores se limitaron a establecer guarniciones militares en Medinaceli y Albarracín⁴².

Ana Barrero ha distinguido dentro del área jurídica de la Extremadura cuatro subáreas: *a*) la comprendida en las actuales provincias de Soria, Guadalajara y Cuenca; *b*) la zona de influencia toledana; *c*) la Extremadura aragonesa; *d*) la Extremadura leonesa⁴³. La mayor parte de los textos relacionados con el Fuero de Uclés quedan enclavados en la primera de estas subáreas.

Las afirmaciones de Rafael Gibert relativas a la concesión del Fuero de Sepúlveda a Uclés y a su difusión a través de Uclés en Cuenca y en lugares de repoblación de la Orden de Santiago son recogidas por José Manuel Pérez-Prendes y, en lo relativo a la identificación del Fuero de Sepúlveda y de Uclés, por Enrique Gacto⁴⁴. Pérez-

39. *Ibid.*, 430-440; *Id.*, *Los fueros de Toledo* en AHDE 45 (1975) 341-487.

40. *Id.*, *Los problemas de edición de las fuentes del Derecho local español* en *La crítica del texto* («Atti II Congr. Intern. Soc. Ital. di Storia del Diritto») Florencia 1971, 245-255. Este método ha sido duramente criticado por M. PESET y J. GUTIÉRREZ CUADRADO en *Fuero de Ubeda* (Valencia 1979) 28-57. Un prometedor ensayo de aplicación de la informática a la crítica de textos jurídicos medievales (concretamente los *Usatges*) está siendo llevado a efecto, bajo los auspicios de la Universidad de Barcelona, por un equipo que dirige Joan Bastardas y dentro del programa *Prospecció automatitzada de textos catalans*.

41. A. M. BARRERO, *Fuero de Teruel*, 19-20.

42. *Ibid.*, 20. Esta continuidad es insostenible en el caso de Uclés.

43. *Id.*, *La familia del fuero de Cuenca*, 725, nota 44.

44. J. M. PÉREZ-PRENDES, *Historia del Derecho Español. Parte General*. Madrid 1973, 365, 372. E. GACTO FERNÁNDEZ, *Temas de Historia del Derecho*, 100.

Prendes recoge asimismo la hipótesis de Gibert que incluye parcialmente el derecho de Medinaceli en el de Sepúlveda, basándose en las concordancias entre el Fuero primitivo de Medinaceli y el Latino de Uclés.⁴⁵ Mariano Peset y Juan Gutiérrez Cuadrado han destacado, por su parte, el papel que tuvo la Orden de Santiago en la difusión del Fuero de Cuenca⁴⁶.

En términos generales puede decirse, sin embargo, que los problemas que plantea el Fuero de Uclés siguen abiertos. Tanto lo relativo a sus precedentes, significado y alcance dentro del derecho castellano de frontera o del de la Extremadura castellano-aragonesa, como a su difusión y a sus relaciones con los fueros de otras Ordenes militares está pendiente de ser explicado, en lo posible, por un estudio metódico de los textos conservados.

IV. EL FUERO LATINO

A) *El texto*

El análisis del texto permite afirmar que hubo dos momentos en la confección de lo que llamamos Fuero Latino de Uclés de 1179, momentos ambos claramente reflejados en las copias que conservamos:

a) Elaboración del fuero por el maestre de Santiago Pedro Fernández, durante el arzobispado de don Cerebruno en Toledo (1166-1180), cumpliendo órdenes del rey Alfonso VIII.

b) Renovación del texto por ese rey, confirmación y entrega del mismo por el propio monarca a los hombres de Uclés delante de la catedral de Toledo.

La fecha de ese primer momento podría situarse incluso en años muy cercanos a la donación de Uclés a los santiaguistas (1174). Esto resolvería la cuestión del vacío jurídico que parecía existir entre la ocupación de la villa por los freiles y la concesión del fuero. La fecha de marzo de 1179 correspondería a la renovación —con posible reela-

45. PÉREZ-PRENDES, *Historia*, 368. La redacción es confusa, ya que da la impresión de que sea Medinaceli el que sigue a Uclés.

46. *Fuero de Ubeda*, 156.

boración— del texto por el rey, que está documentado en Toledo en los días 8 y 9 del mismo mes ⁴⁷.

Se trata de un fuero de población del tipo de los breves, un «foro optimo» con treinta cláusulas expuestas sin orden aparente. No hay en él alusión alguna a fijación de términos, al pecho ni a otros servicios que sin duda debía prestar el concejo de Uclés a sus señores los santiaguistas. Este hecho induce a pensar que tales preceptos estarían incluidos en la primera elaboración del fuero por el maestro Pedro Fernández y no fueron recogidos en 1179; tal vez no fuera considerada necesaria su copia en la renovación del fuero, renovación que sería en este caso una mejora del texto primitivo, el cual se mantendría vigente en paralelo.

No aparece tampoco mención de los motivos que llevaron a la concesión del fuero. Serían éstos los generales en la época: favorecer la instalación de población cristiana y por consiguiente las rentas y la capacidad militar de las villas de frontera, y fomentar el prestigio

47. Así lo demuestran los documentos que publica Julio GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II, núm. 316 y 317. La hipótesis de una doble redacción del Fuero Latino de Uclés se basa en los puntos siguientes: 1) Al inicio del documento, el maestro Pedro Fernández aparece como otorgante del fuero y se expresa consecuentemente en primera persona: «Ego magister P. Ferrandi, ex Milicie Sancti Iacobi, una cum fratribus meis et voluntate et iussu nostri regis Aldefensi et uxoris eius Alienoris, facio paginam testamenti ad vos omnes habitantes in Ucles...» (líneas 3-7). Esta parte del texto acaba con una datación incompleta: «Regnante domino nostro Ihesu Christo, et sub illius nutu rex Aldefonsus in Tolet... Cerebrunus, archiepiscopus Toletane sedis et Yspaniarum primas.» (líneas 106-110); b) sigue el testimonio de la renovación y confirmación del rey Alfonso VIII, de nuevo en primera persona: «Ego Aldefonsus, qui hanc paginam renovare iussi, legentem audivi, roboro et confirmo...» (líneas 110-111); c) en el escatocolo aparecen como confirman-tes, inmediatamente después del maestro Pedro Fernández, un «Ego Ferrandus Didaci, comendator, testo et confirmo» y un «P. Franco ts.» (sin título); ahora bien, Pedro Franco aparece ya como comendador de Uclés el 25 de octubre de 1178 (pub. J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 273-74) y hasta 1189. Esto hace pensar que la concesión por el maestro Pedro Fernández de un primer fuero a Uclés se haría antes de 1178; en la fecha de esa concesión sería comendador de Uclés Fernando Díaz, que aparece como freile de la Orden en septiembre de 1179 (J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 157) y como maestro a partir de febrero de 1185, fecha en que sucedió en el cargo a Pedro Fernández (*Ibid.*, 139).

como polo de atracción de la villa que había de ser durante más de medio siglo —hasta que la encomienda mayor de Castilla se trasladara a Segura de la Sierra—⁴⁸ centro indiscutido de las operaciones militares y administrativas de la Orden de Santiago al sur del Tajo. Pues, como se indicará más adelante, se concedió a Uclés un conjunto de normas de derecho privilegiado basado en las prácticas jurídicas que regían una villa de realengo, normas que sólo en menor parte fueron modificadas para adecuarlas a las exigencias del grupo señorial dominante. También la competencia en la tarea repobladora de la Orden religioso-militar con la diócesis de Toledo debió inducir al maestre Pedro Fernández a otorgar a Uclés un fuero ventajoso; como veremos, el modelo de «foro optimo» elegido por los santiaguistas para su sede de priorato y de encomienda mayor de Castilla fue el mismo que había elegido pocos años antes el arzobispo de Toledo don Cerebruno para atraer pobladores a su cercana villa de Belinchón (1171).

B) *Precedentes jurídicos*

Reviste especial interés destacar que es posible establecer precedentes jurídicos para la mayor parte de los preceptos que forman el Fuero Latino de Uclés. Presenta éste significativas concordancias de contenido y de estilo con tres fueros conocidos: el del señorío burgalés de Fresnillo, el de la villa navarra de Carcastillo y el de la villa de señorío eclesiástico de Belinchón, en la provincia de Cuenca. Con la excepción de tres, todas las cláusulas que constituyen el Fuero Latino de Uclés tienen su correspondiente casi literal en el de Belinchón de 1171; quince de ellas (aunque ninguna de esas tres excepciones) encuentran su equivalente en los fueros de Fresnillo y de Carcastillo.

Los tres entran en la categoría de fueros breves. El de Fresnillo lo concedieron los condes de Nájera García Ordóñez y su mujer Urraca, el 1 de febrero de 1104⁴⁹; el de Carcastillo fue otorgado por Alfonso I

48. El traslado debió producirse hacia 1245. Véase D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago*, 123.

49. Pub. por E. DE HINOJOSA, *Documentos para la historia de las instituciones de León y Castilla (siglos X-XIII)*. Madrid 1919, 46-48.

el Batallador hacia 1125⁵⁰; el de Belinchón, por el arzobispo de Toledo don Cerebruno, en 1171⁵¹.

De un detenido cotejo de los textos resulta la siguiente tabla de concordancias, que esquematiza en su conjunto la génesis del Fuero Latino de Uclés:

<i>F. Fresnillo</i>	<i>F. Carcastillo</i>	<i>F. Belinchón</i>	<i>F. Latino Uclés</i>
Preámbulo		Preámbulo	Preámbulo
1		1	• 1
2		2	2
	7 a	3	3
3		4	4
		5	5
	5 y 7	6	6
		7	7
	9	8	8
	8	37	9
	12	12	10
	13	15	11
		12	12
	15	16	13
	18	18	14
	19	18 bis	15
	20	19	16
		20	17
	22	21	18
		20 bis	19
	24	22	20
		23	21
		26	22
		27	23
			23 bis
		30	24

50. Pub. por T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*. Tomo 1. Madrid 1847, 469-471.

51. El documento procede del Archivo catedralicio de Toledo y lo ha publicado J. F. RIVERA RECIO, *La iglesia de Toledo en el siglo XII (1086-1208)*. Toledo 1976, 102-106. La numeración de las cláusulas que da Rivera Recio no coincide con la de mis tablas y apéndices.

<i>F. Fresnillo</i>	<i>F. Carcastillo</i>	<i>F. Belinchón</i>	<i>F. Latino Uclés</i>
			25
			26
		34	27
		33	28
			29

La tabla muestra claramente que el influjo que ejercieron estos tres textos en la redacción del manuscrito del F. de Uclés que conservamos es sensiblemente distinta en unos que en otros, tanto por lo que se refiere al número de artículos adoptados como a las coincidencias de contenido y estilo⁵². Seguiré un criterio de antigüedad en la disposición del análisis por separado de la utilización por Uclés de cada uno de ellos.

1) *El Fuero Latino de Uclés y el Fuero de Fresnillo*

La influencia cuantitativa de este texto en el conjunto de la elaboración del F. Latino es pequeña, pero muy significativa⁵³. Regularan ambos en común las siguientes situaciones:

- Concesión de un fuero que se autocalifica de «óptimo».
- Exención de mañería⁵⁴.
- Regulación de fonsado.
- Regulación de los derechos del señor de la casa en las caloñas de las personas de él dependientes.

Tanto Fresnillo como Belinchón y Uclés comienzan con la introducción y artículos en que coinciden (1, 2, 3 en Fresnillo; 1, 2, 4 en Belinchón y Uclés) y a partir de ahí se separan los textos sin que se registre ninguna otra formulación coincidente en los tres. Esas tres

52. Véase luego, Apéndices 1, 2 y 3.

53. Véase luego, Apéndice 1.

54. No aparece en el Fuero de Carcastillo. La coincidencia textual de la enunciación del privilegio de exención de mañería entre el F. de Fresnillo y el Latino de Uclés fue ya observada por J. GARCÍA GONZÁLEZ, *La mañería* en AHDE 21-22 (1951-1952), 286 y nota 187.

cláusulas iniciales no aparecen en tales términos ni en el Fuero de Sepúlveda ni en el de Medinaceli (copiado en Carcastillo, como luego veremos).

Es interesante destacar lo escaso de la coincidencia en cuanto al número de preceptos y que, sin embargo, la redacción de las cláusulas sea en ambos manuscritos prácticamente literal; y, asimismo, que se trata de cuatro disposiciones fundamentales para la vida de la villa. En particular, esa repetición después de setenta años, tanto en Uclés como en Belinchón, de que lo que se concede es un «foro optimo», plantea un problema de transmisión textual difícil de resolver. La idea de un fuero de una localidad de Burgos como Fresnillo de Dueñas, concedido por unos condes de Nájera, que se hace famoso y se copia en la Transierra en fecha tan tardía, es difícil de sostener por carecer de los eslabones intermedios de esa posible transmisión. Puede pensarse que, por motivos que escapan a nuestro conocimiento, el Fuero de Fresnillo fuera conocido en Toledo y en Uclés en la década de 1170, o que los tres (Fresnillo, Belinchón y Uclés) copiaran de una ordenación jurídica anterior que gozó de mayor difusión⁵⁵.

2) *El Fuero Latino de Uclés y el Fuero de Carcastillo*

Doce de los treinta artículos que componen el F. Latino de Uclés tienen un precedente prácticamente literal en el Fuero de Carcastillo⁵⁶. Se trata de las disposiciones siguientes:

- Regulación de la caloña pagadera al rey por homicidio de infanzón.
- Exención de montazgo para los ganados de la villa.
- Regulación de la erecha de los caballos por los caballeros en la expedición de guardia.
- Prohibición de prender a los vecinos de la villa por parte de pobladores de otras tierras en caso de litigio sobre el que no hubiesen pedido justicia con anterioridad en su propio concejo.
- Igualdad de caloñas y de derechos para los infanzones que para los restantes pobladores (en Carcastillo, judíos en vez de infanzones).

55. Véase el «stemma» en pág. 274.

56. Véase luego, Apéndice 2.

— Obligación de dar fiador por los alcaldes o por el rey al vecino al cual prendaron el juez o el merino.

— Reconocimiento del derecho de propiedad del poblador sobre su casa y tierras.

— Obligación por parte de los caballeros de pagar el quinto cuando fuesen en fonsado con el rey o con su señor.

— Responsabilidad personal y no colectiva del poblador que cometiera delito contra el señor.

— Derecho de venta libre de sus casas y heredades por el poblador que hubiera habitado en la villa durante un año y un día y deseara abandonarla.

— Derecho de heredar a los moros conversos que murieran sin hijos.

— Derecho a cobrar asadura por parte del vecino que pidiera justicia en otras tierras sin resultado y se sacaran prendas por ello.

— Derecho a cobrar montazgo a los ganados de otros términos que pastaran en los términos de la villa.

Se trata en todos los casos de preceptos fundamentales para la regulación de la vida comunitaria de una villa de repoblación y de frontera.

Como es sabido, el F. de Carcastillo se conserva solamente en copia del siglo XVI en que no consta el año de su concesión. En él, Alfonso I el Batallador concede ciertos privilegios a Carcastillo y, además, «el uso y el fuero» de Medinaceli⁵⁷. A esta cláusula siguen una datación incompleta (*mense febrero*), los nombres de los señores dominantes en Soria, Nájera y Estella, la notación del copista del rey y la *maledictio*. Aquí podría darse por terminado el privilegio de Alfonso I. Siguen, sin embargo, veinticuatro rúbricas, encabezadas por una segunda invocación, que dan toda la impresión de constituir un documento independiente. Son éstas las disposiciones que reproduce casi en su totalidad el F. Latino de Uclés.

García-Gallo ha demostrado que este texto que sigue al privilegio concedido a Carcastillo por Alfonso I es el F. primitivo de Medinaceli⁵⁸. Según el mismo autor, ese fuero primitivo de Medinaceli lo con-

57. «quod habeatis et estetis in illo usatico e in illo foro quod habent illos homines de Medina Celi...» (MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de fueros*, 469).

58. A. GARCÍA-GALLO, *Los fueros de Medinaceli* en *AHDE* 31 (1961) 11-12

cedió Alfonso VI de Castilla —y no Alfonso I el Batallador— a fines del siglo XI. El original del fuero primitivo se perdería en las luchas por ocupar la villa entre su pérdida en la batalla de Uclés (30 de mayo de 1108) y su recuperación por los cristianos antes de 1124. Por ello, al no disponer de un texto concreto del que copiar ese fuero de Medinaceli que les concedió Alfonso I probablemente en febrero de 1125, los de Carcastillo «pondrían por escrito lo que consideraron que era su fuero conforme al de Medinaceli» y lo hicieron comprobar por los de esta villa. Siempre según García-Gallo, esto debió hacerse hacia 1140⁵⁹.

Fue este Fuero primitivo de Medinaceli el que, tras un número desconocido de refundiciones, sirvió de modelo al maestre de Santiago Pedro Fernández para redactar el Fuero Latino de Uclés y al rey Alfonso VIII para renovarlo en 1179. Las coincidencias de contenido y estilo entre el F. primitivo de Medinaceli tal como lo redactaron los de Carcastillo y el F. Latino de Uclés muestran que hubo entre ambos una relación textual; estas coincidencias no son, sin embargo, tan absolutas como para hacer pensar en una utilización directa del manuscrito redactado en Carcastillo. Parece más probable que los de Medinaceli elaboraran después de 1140 un nuevo manuscrito de su fuero para sustituir al original perdido de Alfonso VI, y que fuera éste el modelo (o uno de los modelos) que entre 1170 y 1180 se copió en las tierras que formaban en ese momento la nueva frontera cristiana (Belinchón, Uclés y, como veremos, Zorita de los Canes).

3) *El Fuero Latino de Uclés y el Fuero primitivo de Belinchón*

El F. primitivo de Belinchón —villa situada al noroeste de Uclés, entre ésta y el Tajo— fue otorgado en 1171 por el arzobispo de Toledo don Cerebruno. En 1146, Alfonso VII había donado la mitad de la villa, de su término y de sus salinas —su gran fuente de riqueza— al arzobispo don Raimundo y a la catedral de Toledo⁶⁰. Parece

59. *Ibid.*, 13, 15.

60 Véase J. F. RIVERA RECIO, *La iglesia de Toledo en el siglo XII*, 72, nota 38; Julio GONZÁLEZ, *Repoblación de Castilla la Nueva*, I, 278, nota 78. A Belinchón le fue otorgado el fuero de Huete por el arzobispo de Toledo en 1198 (pub. por F. FITA, *Madrid desde el año 1197 hasta el de 1202* en BRAH 8 (1886) 146-147.

que en Belinchón hubo población mozárabe antes de 1108, población que se perdería a raíz de la batalla de Uclés y de las razzias que le siguieron; sólo después de la conquista de Oreja, en 1139, pudo pensarse en sostener de nuevo ahí población cristiana⁶¹. Cuando don Cerebruno concedió fuero a Belinchón, era ésta una villa de frontera, y así lo especifica el arzobispo en su texto al justificar con ello la concesión a los pobladores de su castillo⁶².

Este fuero se conserva en copia del siglo XII-XIII⁶³. Se trata de un texto breve y, como los de Fresnillo y Latino de Uclés, de un fuero que se autocalifica de «óptimo». Todos los artículos que componen el F. Latino de Uclés, con la excepción de tres, tienen su correspondiente en el Fuero de Belinchón⁶⁴. Estas concordancias son extremadamente estrechas, tanto en el estilo como en el planteamiento y solución del supuesto. Las tres cláusulas del Fuero Latino de Uclés que no aparecen en el de Belinchón son las siguientes:

- Exención de facendera durante un año.
- Fijación de medianedos.
- Concesión del Fuero de Sepúlveda como complementario⁶⁵.

En cuanto a la concesión del Fuero de Sepúlveda, parece ser ésta una cláusula peculiar del Fuero de Uclés. Como ya se ha dicho, ha sido una de las bases de la hipótesis de Rafael Gibert relativa a la posición del Fuero Latino de Uclés como eslabón entre los de Sepúlveda y Cuenca. La cláusula no aparece, sin embargo, ni en Belinchón ni —como veremos— en Zorita, a pesar de las restantes coincidencias textuales⁶⁶.

El Fuero de Belinchón es más extenso que el Latino de Uclés. Los preceptos que aparecen en el primero y no en el segundo son los siguientes:

61. J. GONZÁLEZ, *Repoblación de Castilla la Nueva*, I, 180.

62. «Et ad uos homines de Bellinchon, eo quod statis in frontera paganorum, do uobis et concedo uestrum castellum ut habeatis eum per hereditatem ut possitis uos defendere a paganis et nullum hominem sine uestra iussione et uestra uoluntate in illo non colligatis» (J. F. RIVERA RECIO, *La iglesia de Toledo en el siglo XII*, 105, tít. 36).

63. *Ibid.*, 102.

64. Véase luego tabla de concordancias en el apartado 4, y Apéndice 3.

65. FLU 25, 26 y 29.

66. Véase luego, Apéndice 3.

— Multa de tres sueldos o de tres carneros de valor equivalente a los caballeros que no acudieran al fonsado.

— Exención de portazgo a los ganados de la villa.

— Exención de la quinta a dar al señor por moro cautivo.

— Concesión a los judíos que acudieran a poblar la villa de los mismos fueros y caloñas que tenían los vecinos cristianos.

— Caloña de 300 maravedís por homicidio sin previo desafío.

— Exención para los vecinos de ser portero o merino.

— Regulación de los derchos debidos al arzobispo por los pobladores a partir del segundo año y según el número de bueyes que poseyeran.

— Exención de portazgo a quienes acudieran a vender vino o pan a Belinchón.

— Obligación de cambiar cada año de juez, alcaldes y sayón.

— El juez, sayón y alcaldes serían elegidos por los propios vecinos de Belinchón.

— Concesión del castillo a los vecinos.

— Concesión de términos a la villa.

— Concesión a los vecinos de las salinas, mina de hierro y otras que a partir del momento de concesión del fuero hallaran en sus términos.

Consta en el F. Latino de Uclés que el rey Alfonso VIII entregó documento del mismo a los hombres de la villa en 1179 «ad hostium Sancte Marie, sedis archiepiscoporum». El hecho de que la renovación y entrega por el rey de ese fuero se hicieran en Toledo, podría hacer pensar que fue en esta ciudad, en los archivos de su catedral, donde se copiaría para Uclés el Fuero de Belinchón. Sin embargo, las cláusulas no coincidentes antes citadas y un cotejo más detenido de los dos textos hacen pensar que no se trató de una copia directa de Belinchón por Uclés, sino más probablemente de una utilización por ambos de un mismo modelo, o de una utilización por ambos de varios modelos, uno de los cuales fue coincidente⁶⁷. Aparte, sin embargo, de la

67 Como se verá en el próximo apartado (núm. 4), un cotejo de los textos de los fueros de Belinchón, latino de Uclés y antiguo de Zorita muestra que este último está más cerca del de Belinchón que el de Uclés, sin que pueda afirmarse tampoco que Zorita copió de Belinchón; el texto del FLU está un poco menos desarrollado que los otros dos (véase luego, Apéndice 3).

dificultad de estimar el valor preciso de unas variantes textuales en la elaboración de fuentes jurídicas, queda el hecho histórico interesante de que el arzobispo de Toledo y el maestre de Santiago se sirvieran de fueros muy parecidos para repoblar —en connivencia o en competencia— la zona alta del Tajo, entre 1170 y 1180; y que estos fueros parecidos formen parte de lo que se suele llamar el derecho de la Extremadura castellana⁶⁸.

4) *El Fuero Latino de Uclés y el Fuero antiguo de Zorita de los Canes*

Aunque posterior en cuanto a su fecha de concesión al F. Latino de Uclés, el F. antiguo de Zorita de los Canes requiere atención especial en un estudio de los precedentes jurídicos del F. de Uclés.

La Orden de Calatrava, fundada en 1158 por San Raimundo de Fitero y confirmada en 1164 por el Papa Alejandro III, consiguió pronto formar un señorío importante en la cuenca alta del Tajo, centrado alrededor de Zorita de los Canes, cuyo castillo le donó Alfonso VIII en 1174⁶⁹. Zorita, como Uclés, no fue sólo sede de una encomienda, sino que pronto acogió también en su recinto un convento calatraveño importante.

El 8 de abril de 1180, el maestre de Calatrava Martín Pérez de Siones —el mismo que compitió con los santiaguistas por el dominio de Uclés— otorgó a Zorita un fuero óptimo⁷⁰. La primera parte de este fuero presenta estrechas concordancias con el que había concedido no mucho antes a Uclés el maestre santiaguista Pedro Fernández; y, todavía más estrechas, con el fuero que el arzobispo de Toledo concediera a Belinchón en 1171. Una tabla comparativa de las cláusulas de los tres textos ofrece los resultados siguientes:

68. A. GARCÍA-GALLO, *Aportación al estudio de los fueros*, 430-440; A. BARRERO, *La familia del fuero de Cuenca*, 720; ID., *El Fuero de Teruel*, 19-25; J. M. LACARRA, *La formación de las familias de fueros navarros en AHDE 10* (1933) 232-241.

69. Pub. por J. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II, 329-330, núm. 199 (la donación es de 23 de febrero). La villa de Zorita de los Canes fue donada a la Orden de Calatrava por Sancha Martínez (J. CATALINA GARCÍA, *La Alcarria en los dos primeros siglos de su reconquista*, Guadalajara 1973, 35 y nota 51).

70. Se contiene en confirmación de Fernando III dada en Pinilla el 6 de mayo de 1218; el original de esta confirmación se conserva en muy mal estado en la sección de OO. MM., Calatrava, carp. 421, núm. 56r.

Fuero de Belinchón 1171	Fuero Latino de Uclés marzo 1179	Fuero Antiguo de Zorita 8 abril 1180	Fuero de Belinchón 1171	Fuero Latino de Uclés marzo 1179	Fuero Antiguo de Zorita 8 abril 1180
Preámbulo	Preámbulo	Preámbulo	Preámbulo	Preámbulo	Preámbulo
1	1	1	19	16	17
2	2	2	20	17	18
3	3	3	21	18	21
4	4	4	20 bis	19	19
5	5	5	22	20	22
6	6	6	23	21	—
7	7	7	26	22	23
8	8	8	27	23	24
37	9	—	25 bis	23 bis	—
12, 13	10	10	28	—	25
11	—	9	30	24	26
14	—	11	—	25	—
15	11	12	—	26	—
15 bis	12	13	34	27	—
16	13	14	35	—	27
18	14	15	33	28	—
18 bis	15	16	—	29	—

La semejanza entre el F. Latino de Uclés y el F. Antiguo de Zorita fue ya apuntada en el siglo XIX por Juan Antonio Llorente, y Julio González ha insistido recientemente sobre ello⁷¹. Ureña, al publicar el F. Romanceado de Zorita⁷², incluyó en apéndice final este fuero de 1180 siguiendo la edición que de él había hecho en 1800 Miguel de Manuel⁷³, sin hacer comentarios sobre su contenido. Ureña da por perdido el original y las posibles copias de este fuero, si bien en 1889 el marqués de Laurencín había publicado regesto de la confirmación del mismo hecha por Fernando III en 1218, confirmación cuyo original se conserva en el Archivo Histórico Nacional y que contiene el fuero de 1180⁷⁴.

71. J. A. LLORENTE, *Noticias históricas*, II,; Julio GONZÁLEZ, *Repoblación de Castilla la Nueva*, I, 274; Id., *Reinado y diplomas de Fernando III*, I, 414.

72. R. DE UREÑA, *El Fuero de Zorita de los Canes* en «Memorial Histórico Español» XLIV. Madrid 1911.

73. M. DE MANUEL, *Memorias para la vida y acciones del santo rey don Fernando III*. Madrid 1800 (reimpresión Barcelona 1974), 270-274.

74. R. DE UREÑA, *Fuero de Zorita de los Canes*, XXXIX. F. R. de UHAGÓN Y GUARDAMINO, marqués de Laurencín, *Índice de los documentos de la Orden*

Este Fuero antiguo de Zorita —antiguo por contraponerlo al romanceado de mediados del siglo XIII— consta de cuarenta y nueve títulos, diecinueve más que el Latino de Uclés. A ello añadió una disposición Fernando III al confirmar el fuero el 6 de mayo de 1218⁷⁵. Las concordancias de redacción y de supuesto entre las veinticuatro primeras cláusulas del F. Latino de Uclés y las veintiséis primeras del de Zorita son tales que apenas exigen comentario. Lo que sí exige comentario es que Zorita interpola tres disposiciones no recogidas en Uclés latino aunque sí en Uclés romance; y que estas disposiciones que no aparecen en Uclés latino, aparecen en los mismos términos que en Zorita, en Belinchón y en Carcastillo (Medinaceli) o en ambos. Estas cláusulas que interpola Zorita son las siguientes:

— Regulación de la caloña por homicidio no precedido de desafío (Zorita 9; Belinchón 11; Romanceado Uclés 31).

— Igualdad de los repobladores judíos ante el fuero (Zorita 11; Carcastillo 12; Belinchón 11).

— Exención a los vecinos de Zorita de ocupar cargo de portero o merino (Zorita 25; Belinchón 24).

El Fuero antiguo de Zorita suprime o desconoce en cambio otras disposiciones que aparecen en el Latino de Uclés:

— Exención de facendera por un año (FLU 26, que tampoco aparece en Belinchón).

— Prohibición de que intervenga el señor en los juicios de los viernes (FLU 27; Belinchón 34).

— Posibilidad de mantener las propiedades en la villa en caso de emigración a otras tierras (FLU 21; Belinchón 23).

— Exención de tercia episcopal excepto de pan, vino y corderos (FLU 23 bis, Belinchón 25 bis).

— Fijación de medianedos (FLU 25, tampoco en Belinchón).

— Fijación de mojones en las apelaciones al rey (FLU 28, Belinchón 33).

— Concesión del F. de Sepúlveda como complementario (FLU 29, no aparece en Belinchón).

Militar de Calatrava existentes en el Archivo Histórico Nacional en BRAH 35 (1899) 3-167, p. 14, núm. 56.

75. Véase luego, Apéndice 3; y M. DE MANUEL, *Memorias*, 274.

A partir de la cláusula 28, el F. Antiguo de Zorita y el Latino de Uclés se separan. Gran parte de las restantes cláusulas del de Zorita coinciden, sin embargo, en el supuesto y a veces en la redacción y solución con el F. Romanceado de Uclés⁷⁶. Valga destacar aquí una sola de ellas: «Calumpnia de morabetino de III mencales seiat; et calumpnia de V solidos, II mencales e medio» (FRU 151); «Morabetini de calumpniis sint de tribus menkalibus et medio» (F. antiguo de Zorita, 37). Irónicamente, esta cláusula nos lleva otra vez al Fuero de Medinaceli, pero no al primitivo de Alfonso VI, sino a la segunda versión, que García-Gallo se inclina a situar en el reinado de Alfonso VIII (1158-1214); dice esta segunda versión del F. de Medinaceli: «et el maravedí sea de tres mencales et medio» ... «et deste moravidí sea de tres mencals e meyo»⁷⁷.

De todo lo dicho se deduce que, aunque el F. antiguo de Zorita esté más cerca del de Belinchón que del de Uclés, parece que ninguno de los tres utilizó a uno de los otros dos como modelo directo. Parece más plausible que los tres utilizaran un modelo común o, como he indicado antes, varios modelos de los cuales uno fue coincidente. Este modelo común se habría servido a su vez de los fueros de Fresnillo y primitivo de Medinaceli.

Tal conjunto de datos permite destacar como fundamentales los dos puntos siguientes:

1) La importancia del Fuero de Medinaceli en el derecho de la Extremadura castellana; y en concreto, en su calidad de fuero de frontera, en las poblaciones de nueva línea de frontera (Belinchón, Uclés, Zorita) constituidas durante el reinado de Alfonso VIII al sur del Tajo.

2) La existencia de un texto que se autocalifica de «óptimo» y que, combinado con un fuero de villa de realengo, parece que lo fue para lugares de señorío (Fresnillo, Belinchón, Uclés, Zorita).

La concesión por las mismas fechas a Belinchón, Uclés y Zorita de los Canes de fueros tan similares parece resultado lógico de las actividades repobladoras que se proponían llevar a cabo en paralelo,

76. Véase luego, Apéndice 3.

77. A. GARCÍA-GALLO, *Los fueros de Medinaceli*, 16 y nota 28; MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de fueros*, 437.

entre las vegas del Tajo y del Guadiana, la diócesis de Toledo y las Ordenes militares de Santiago y de Calatrava. Este hecho permite asimismo suponer la existencia, entre los dirigentes de tales instituciones, de una tendencia pensada hacia una uniformidad jurídica que facilitara la convivencia e interacción social de unas poblaciones con otras y sirviera de relativa garantía de control de la permanencia de los vasallos y de las rentas en sus respectivas pueblas, fuera cual fuera el beneficiario del señorío⁷⁸. La violenta competencia repobladora entre el arzobispo de Toledo y las Ordenes militares forma parte de un contexto posterior en el tiempo y distinto en cuanto a la posición de las dos instituciones en la política castellana⁷⁹.

Por otra parte, la concesión a Zorita de un fuero de modelo similar —aunque más completo— al de Uclés no parece extraña. Una estrecha relación unió al fundador de la Orden de Santiago, Pedro Fernández, con el hábil maestre calatraveño Martín Pérez de Siones (otorgante del Fuero de Zorita). Como he dicho ya, entre 1172 y 1182 ambos personajes rivalizaron por el dominio de Uclés y de la vecina zona del Tajo. El 9 de enero de 1174 donó Alfonso VIII a Pedro Fernández la villa y castillo de Uclés con todos sus derechos y pertenencias⁸⁰; poco después, el 30 de abril, Martín Pérez de Siones, que había visitado Uclés y sacado de ella positiva impresión⁸¹, consiguió del mismo monarca el diezmo de las rentas reales de la villa⁸²; diezmo que retuvo hasta que en 1182 los santiaguistas lo recuperaron cambiándoselo junto con la villa de Ocaña por cien maravedís de renta en las salinas de Espartinas y la villa de Alcubilla del Marqués⁸³. A

78. Tendencia que se mantuvo parcialmente, pues si bien a Estremera le fue concedido un fuero casi idéntico al latino de Uclés en 1182 (véase luego, VII, 1), Belinchón recibió en 1198 otro fuero distinto (véase antes, nota 60).

79. Sobre estos conflictos, D. W. LOMAX, *El arzobispo don Rodrigo Jiménez de Rada y la Orden de Santiago* en «Hispania» 19 (1959) 323-365; H. GRASSOTTI, *Don Rodrigo Ximénez de Rada, gran señor feudal y hombre de negocios en la Castilla del siglo XIII* en «Cuadernos de Historia de España» 55-56 (1972) 1-302.

80. Véase antes, nota 1.

81. Así lo narra el Tumbo menor de Castilla: «Et fuit ibi magister de Calatrava Martinus Petri, bono operator, et placuit ei multum» (pub. J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 332-333).

82. Pub. Julio GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II, 336-337, doc. 204.

83. Pub. J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 332, núm. 145.

partir de este momento, cesaron las hostilidades abiertas y ambas Ordenes colaboraron en numerosas empresas reconquistadoras⁸⁴.

5) *El Fuero Latino de Uclés y el Fuero de Sepúlveda*

La presencia de prácticas del derecho de Sepúlveda en territorios de la Orden de Santiago y concretamente en Uclés es manifestada explícitamente por el F. Latino al conceder a la villa como complementario el Fuero de Sepúlveda. Sin embargo, resulta difícil confirmar documentalmente el alcance de la vigencia de estas prácticas jurídicas durante los siglos XII-XIV.

La cláusula de concesión a Uclés del F. de Sepúlveda dice lo siguiente: «Et super hoc quod scriptum est concedo vobis toto illo foro que fuit datum a Sepulvega in tempore qua populata fuit, foras iactada arrova et almudes in die de mercado et alcavara de carniceros, quia istas III causas se prendidit rex ad profectum senior de villa»⁸⁵. Ninguna de estas tres reservas aparece mencionada en el fuero de Sepúlveda de 1706. Ha indicado Gibert que la concesión se refiere a un documento desconocido, o incluso, a prácticas del derecho de Sepúlveda que nunca llegaron a redactarse por escrito⁸⁶; la enunciación del precepto no permite inclinarse por una u otra hipótesis. Tampoco aparecen estas tres reservas en ninguno de los textos que, según hemos visto hasta ahora, se cuentan entre los precedentes jurídicos del F. de Uclés: Fresnillo, primitivo de Medinaceli, primitivo de Belinchón y antiguo de Zorita de los Canes. Por otra parte, un detenido cotejo de los dos textos muestra que las similitudes entre el fuero conocido de Sepúlveda y el latino de Uclés son escasas y coinciden solamente en el fondo⁸⁷. Estos datos permiten afirmar que el fuero de Sepúlveda que fue concedido a Uclés en 1179 no fue el que confirmó Alfonso VI en 1076.

84. Sobre la colaboración entre las Ordenes de Calatrava y Santiago puede verse J. O'CALLAGHAN, "*Hermandades*" between the Military Orders of Calatrava and Santiago during the Castilian Reconquest en "*Speculum*" 44 (1969) 608-618, publicado también en castellano, *Hermandades entre las Ordenes Militares de Calatrava y Santiago durante los reinados de Alfonso VIII y Fernando III de Castilla*. Ciudad Real 1966.

85. FLU 29.

86. *Estudio histórico-jurídico*, en E. SÁEZ, *Los fueros de Sepúlveda*, 399.

87. Véase luego, Apéndice 4.

La parte del fuero romanceado de Sepúlveda con que el F. Latino de Uclés presenta más afinidades es la que Gibert llama Fuero Extenso Peculiar (FEP)⁸⁸; el carácter de estas afinidades no permite, sin embargo, hablar de una transmisión textual más o menos directa. Algunos de los preceptos que Gibert considera peculiares de Sepúlveda aparecen en Uclés, Cuenca y Teruel, en algún caso con redacción muy parecida en Sepúlveda, Teruel y Cuenca⁸⁹. Valga asimismo destacar que ninguna de las cláusulas del F. Latino de Uclés encuentra paralelo en la parte que el mismo autor llama Fuero Extenso Añadido (añadido en contraposición a la otra parte que sería peculiar de Sepúlveda).

En cuanto a la presunta difusión por tierras de la Orden de Santiago del derecho de Sepúlveda a través de Uclés, aun sin pretender resolver ni siquiera parcialmente la cuestión, creo necesario destacar los siguientes puntos:

1) El estudio de la expansión del Fuero de Uclés⁹⁰ muestra que en las concesiones del F. de Uclés a otros lugares santiaguistas no aparece la cláusula de otorgamiento del F. de Sepúlveda como supletorio.

2) Sólo constan dos concesiones del F. de Sepúlveda a posesiones de la Orden de Santiago (aparte de Uclés, naturalmente): Segura de León en 1274 por el maestre Pelay Pérez Correa y Puebla de Don Fadrique en 1343 por el maestre don Fadrique⁹¹. Ambas concesiones son tardías.

Creo que estos datos permiten afirmar que la influencia en Uclés del fuero conocido de Sepúlveda fue escasa y que no se sabe a ciencia cierta de qué fuero de Sepúlveda se trata. Por el contrario, el influjo del fuero primitivo de Medinaceli es demostrable textualmente y parece encuadrar plenamente a Uclés en el área jurídica de la Extremadura castellana.

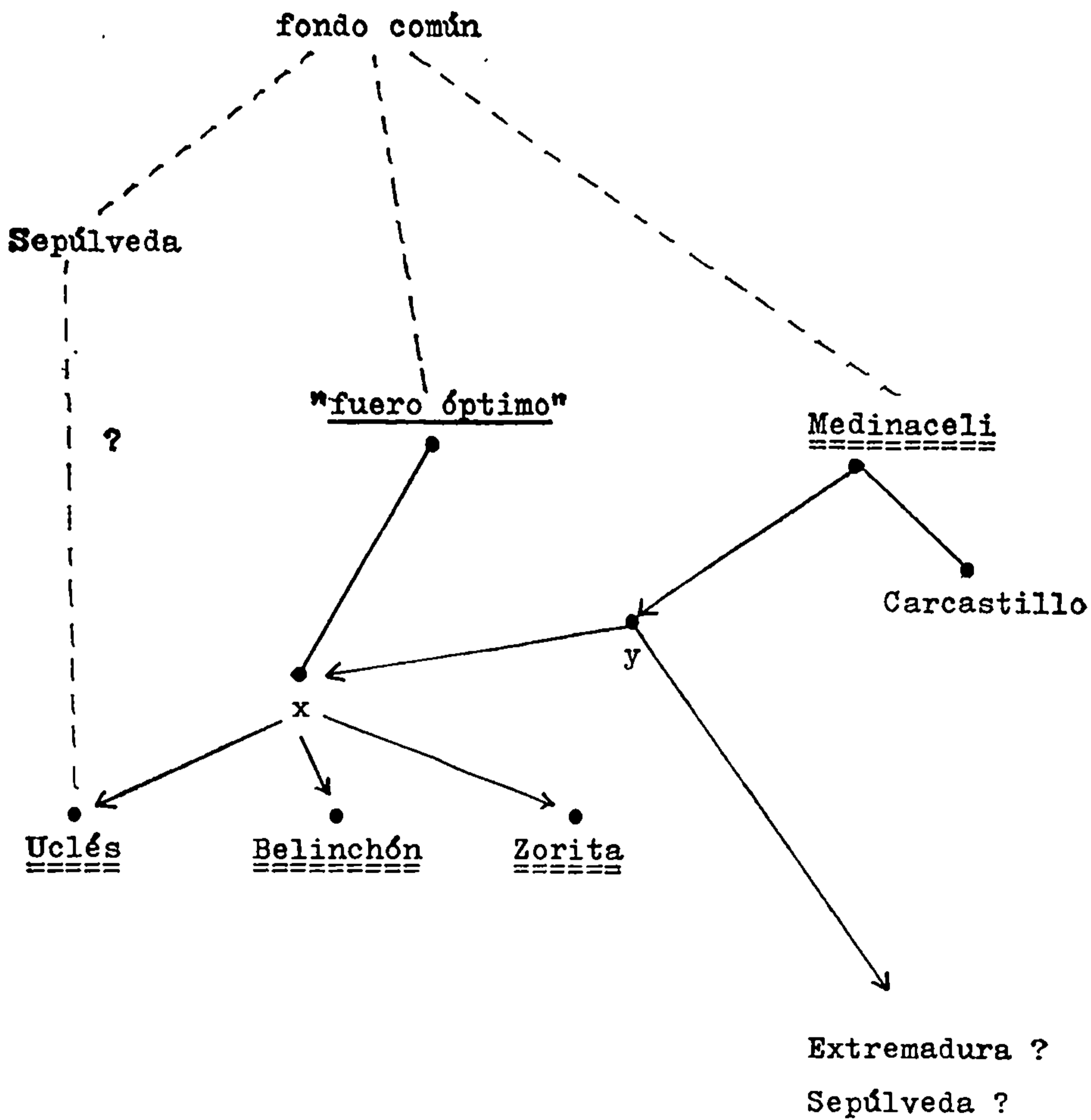
88. *Ibid.*

89. Por ejemplo, la cláusula 11 de FLU aparece en Sepúlveda 18, Teruel 52 y Cuenca, I, 19, con redacción muy semejante en Sepúlveda, Teruel y Cuenca. Asimismo, compárese FLU 11, Sepúlveda 10, Cuenca, I, 7 y Teruel 408.

90. Véase luego, VII.

91. El fuero de Segura de León lo publicó B. DE CHAVES, *Apuntamiento legal*, 38r-v. El de Puebla de Don Fadrique, *Ibid.*, 49v-50r.

«STEMMA» DE LA FORMACION DEL FUERO LATINO DE UCLES



C) EL CONTENIDO DEL FUERO LATINO

Según he indicado antes, el F. Latino de Uclés consta de treinta disposiciones, si bien el texto se presenta, como es habitual en los fueros breves, formando un conjunto unitario, sin divisiones⁹². Sus preceptos recogen un tipo de derecho privilegiado, propio de zona fronteriza, que insiste en la libertad municipal y en la protección jurídica del repoblador. Uclés necesitaba en las últimas décadas del siglo XII un contingente de población cristiana lo más numeroso posible, grupos familiares que arraigaran en la tierra y se mostraran por tanto dispuestos a defender su vida y sus propiedades y, con ello, la frontera. Por su parte, la Orden de Santiago, que había sido fundada en 1170⁹³ para la defensa del territorio y cultura cristianos frente a los musulmanes⁹⁴, se veía en la necesidad de fomentar un poblamiento de sus dominios que contribuyera al sostenimiento material y al prestigio social de la institución misma.

Para atraer a estos cultivadores-guerreros, los santiaguistas dotaron a su villa de un fuero que recogía los privilegios jurídicos y las ventajas económicas que más eficazmente podían interesar a las personas del Norte dispuestas a buscar fortuna en las tierras que paulatinamente pasaban al poder de los cristianos. Así se había hecho en Castilla desde la repoblación condal más temprana. Y se hizo sin olvidar que Uclés se encontraba ya al sur del Tajo, en zona de población musulmana antigua y arraigada donde no hubo desierto estratégico: la Orden de Santiago añadió a las costumbres jurídicas que heredó de las poblaciones del Norte preceptos nuevos que protegían al habitante musulmán que había quedado en la villa y al moro libre que acudiera

92. La copia inserta en el código del Fuero Romanceado (C en mi edición) apunta una división en párrafos mediante iniciales coloreadas. E. SÁEZ, *Los fueros de Sepúlveda*, 178-183, divide el texto en 27 apartados, siguiendo a Fita. He juzgado conveniente, por tratarse a mi parecer de disposiciones distintas, separar en dos párrafos (6-7 y 26-27) la materia que estos autores engloban, respectivamente, en uno (6 y 25).

93. La fecha de fundación de la Orden la ha establecido J.-L. MARTÍN, *Fernando II de León y la Orden de Santiago* cit. antes, nota 3.

94. Sobre los objetivos de la Orden de Santiago, según los expone su Regla primitiva, véase J. LECLERCQ, *La vie et la prière des chevaliers de Santiago d'après leur règle primitive* en «Liturgica» 2 (1958) 347-357.

desde más al sur, desde zonas todavía no conquistadas, con el propósito de fijar su residencia en el alfoz recién organizado.

En primer lugar, se establece la igualdad jurídica del repoblador. Se priva a los infanzones de sus privilegios de grupo, quedando equiparados a los demás tanto en la calaña por homicidio como en las restantes disposiciones: «tales foros habeant quomodo alios vecinos de Ucles» (FLU 10). Se protegen los bienes de los nuevos pobladores mediante el reconocimiento de la propiedad sobre casa y tierra de cultivo: «concedo vobis vestras casas et vestras hereditates per semper» (FLU 13); se reconoce el derecho a venderlas libremente después de su ocupación pacífica durante un año y un día; se da al vecino que deseara acudir a probar fortuna a otro lugar la posibilidad de mantener su casa y heredades en Uclés sin más requisito que el de cumplir en la villa las obligaciones de vecindad durante su ausencia⁹⁵.

Por otra parte, ciertas disposiciones marcan —como era de esperar— el carácter señorial de la villa y del fuero: la autoridad por encima del vecino y del señor local (en este caso el comendador) no será el rey como en Cuenca sino el maestre de Santiago; el montazgo exigido a los ganados foráneos que entraran en el término municipal no quedará en poder de los vecinos, como en Sepúlveda, sino que se dividirá a medias con el señor⁹⁶. Y en el mismo sentido se orientan otros preceptos.

El fuero protegió a los musulmanes conversos que fueran vecinos de la villa: sus hijos les heredarían sin impedimento (FLU 17). Tres disposiciones regulan las relaciones de los vecinos cristianos con los sarracenos; afianzan éstas la imagen de una villa en la cual la presencia de las dos culturas era un factor destacable de su personalidad. El moro alcaide hecho prisionero debía ser entregado al rey; los caballeros o peones que lo hubieran cautivado podían tomar de él cien maravedís (FLU 22). Conocemos por un privilegio posterior que el rey se beneficiaba del rescate de los moros de valor: el 10 de marzo de 1190 Alfonso VIII concedió a la Orden de Santiago la mitad de los

95. FLU 16 y 21. Sobre este tema, P. MEREJA, *Sobre a posse de ano e dias foros da Idade Media peninsular* en «Boletín de la Universidad de Santiago» 49-50 (1947) 5-23.

96. FLU 5 y 20.

derechos de redención que correspondían al rey de los moros cautivados por los hombres de Uclés o por otros vasallos de la Orden ⁹⁷.

En el momento de la concesión del F. Latino, Uclés estaba peligrosamente expuesta a los ataques musulmanes. A una exigencia permanente de proporcionar a sus moradores una organización defensiva eficaz se unía la necesidad de acudir a las expediciones militares ofensivas organizadas por el rey o por el maestro. Cinco preceptos regulan la participación de los vecinos en estas operaciones militares y les otorgan algunos privilegios en las mismas, particularmente a los caballeros: sólo una tercera parte de éstos estaba obligada a acudir con el rey al fonsado —expedición rápida para obtener botín— ⁹⁸; de él quedaban exentos los peones (FLU 2). Si el fonsado lo encabezaba el señor, los caballeros que participaran en él debían pechar un quinto (FLU 14). Cuando se tratara de la expedición llamada guardia, los caballeros de Uclés, tanto nobles como villanos, tenían derecho a resarcirse con el botín de las pérdidas sufridas en sus caballos y equipaje antes de proceder a la separación del quinto que estaban obligados a pagar al organizador de la salida (FLU 8). Los peones darían un séptimo en vez del quinto y solamente del ganado, armas y moros cautivados (FLU 23). Otra disposición protegía a los caballos y mulas aptas para la guerra, prohibiendo que fueran objeto de prenda (FLU 7).

Se concede al repoblador de Uclés posición privilegiada en sus relaciones judiciales con los habitantes de las zonas adyacentes. Se le dan garantías en los pleitos contra el señor: fiadores (FLU 11), responsabilidad individual del delincuente y no colectiva de la comunidad ante el delito (FLU 15). Su situación es favorable en los juicios contra personas de otras tierras: quedan exentos de acudir a juicios contra sarracenos y, si el juicio es contra cristianos en alzada al rey, no tienen obligación de presentarse a citaciones dadas en lugares más allá de Toledo, Madrid, Atienza y Medinaceli (FLU 28). Se fijan los medianedos —lugar establecido por el fuero donde se decidían los juicios entre los habitantes de la villa y los de los pueblos de otras jurisdic-

97. Lo han publicado, entre otros, J. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II, 931-932, núm. 543, y J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 436-437. Sobre este tema, J. M. DE COSSIO, *Cautivos de moros en el siglo XIII* en «Al-Andalus» 7 (1942) 49-112.

98. Así lo define D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago*, 144.

ciones—⁹⁹; Uclés no tuvo su medianedo dentro de la ciudad, como ha escrito Emilse Gorría¹⁰⁰, sino en los lugares siguientes: en Madrid para juicios con habitantes pertenecientes a jurisdicciones de la zona al oeste de la villa, hasta Toledo y Talavera; en Alarilla al noroeste para la zona hasta Avila y Pedraza; en Almoguera para los juicios contra pobladores de Hita y Talamanca y, más al norte, de Sepúlveda y Ayllón; al noreste, en Huete para la zona hacia Caracena y Zaragoza; en Alcázar del Rey para los pleitos con Huete (FLU 25)¹⁰¹. Era éste un privilegio de interés para los repobladores —evitaba o abreviaba desplazamientos—, si bien hubo lugares que tuvieron medianedo a la puerta de la iglesia o a la puerta de la villa, como Carcastillo, tomándolo del Fuero de Medinaceli, o Calatayud¹⁰². Un medianedo distinto establece el F. Latino para los juicios entre los vecinos de Uclés y los pobladores de la misma villa que acudieran a probar fortuna a otras tierras sin abandonar sus derechos de vecindad, casa y propiedades en Uclés; se fija este medianedo, protegiendo lógicamente a los que quedarán en la villa, «ubi disperserint terram», es decir, en los confines del alfoz (FLU 21).

Otros preceptos proporcionan al poblador de Uclés privilegios de carácter económico: se exime a sus ganados de montazgo en todo el reino (FLU 6), permitiéndosele por el contrario exigirlo de los ganados forasteros que entrasen en sus términos (FLU 20); se les libera por un año de facendera, denominación que en sentido general se refería a toda prestación debida al señor en forma de trabajo¹⁰³; se les exime también de mañería, derecho de reversión basado en la entrega de unos bienes en prestimonio, que recaía tanto en los estériles como en los que morían después de sus hijos¹⁰⁴: esta exención interesaba a una villa de frontera, donde la muerte de jóvenes en operaciones militares

99. Sobre este tema, E. GORRIA, *El medianedo en León y Castilla* en «Cuadernos de Historia de España» 12 (1949) 120-129.

100. *Ibid.*, 127.

101. En la recensión B del F Latino dice equivocadamente «Alcaraz».

102. T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de fueros*, 470; J. RAMOS LOSCERTALES, *Fuero de Calatayud* en AHDE 1 (1924) 408-416, tít. 1.

103. Véase M.^a I. ALFONSO DE SALDAÑA, *Las sernas en León y Castilla. Contribución al estudio de las relaciones socio-económicas en el marco del señorío medieval* en «Moneda y Crédito» 129 (1974) 153-210.

104. J. GARCÍA GONZÁLEZ, *La mañería*, 266.

sería especialmente frecuente. Se considera exención propia del régimen urbano y hacía posible la elaboración de un sistema amplio de derecho sucesorio¹⁰⁵: se permite nombrar herederos «usque ad septem generationem» (FLU 1); este privilegio parece propio de villas de realengo.

Concluye el F. Latino con la concesión como complementario del fuero que fue dado a Sepúlveda «in tempore qua populata fuit» (FLU 29), concesión que ha sido tratada en el apartado anterior.

V. EL FUERO ROMANCEADO

A) PRECEDENTES Y ESTRUCTURA

Para el F. Romanceado no se puede hablar de precedentes jurídicos concretos en una determinada ordenación jurídica. La formación de este fuero es muy distinta de la del F. Latino. En este último se trataba de una redacción breve, hecha para una villa que había que repoblar con el atractivo de unos privilegios que facilitarían su establecimiento y arraigo en el territorio. El F. Romanceado es por el contrario fruto de un lento proceso de fijación de costumbres jurídicas, de modos de practicar el derecho general castellano y de privilegios sueltos concedidos a la villa en circunstancias críticas de su evolución. Es cierto que muchos de los preceptos de este Fuero aparecen enunciados con mayor o menor exactitud en otros fueros de la época; pero se trata de coincidencias que reflejan más un estadio de la evolución jurídica castellana que un intento consciente de adaptar a Uclés la legislación de un determinado territorio. En líneas generales puede situarse este fuero en un punto intermedio en el proceso de formación del derecho de la zona sur y este del Tajo, entre los fueros romanceados de Guadalajara, Madrid, Alfambra y Molina de Aragón¹⁰⁶ y el

105 En E. SÁEZ, *Los fueros de Sepúlveda*, 413-414.

106 H. KENISTON ha editado el *Fuero de Guadalajara* (1219) Princeton-París 1924 (reimpresión Nueva York 1965, «Elliot Monographs in the Romance Languages and Literatures» 16); Guadalajara tuvo fuero en 1133 otorgado por Alfonso VII (ed. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de fueros*, 507-511). La mejor edición del Fuero de Madrid es la del ARCHIVO DE LA VILLA, *Fuero de Madrid*, Madrid, 1932. M. ALBAREDA Y HERRERA ha editado el *Fuero de Alfambra*, Madrid 1926. M. SANCHO IZQUIERDO el de Molina en *El fuero de Molina de Aragón*, Madrid 1916.

Fuero de Cuenca, que hoy algunos autores consideran posterior a la fecha dada por Ureña¹⁰⁷. Sin embargo, conviene insistir en que el significado y alcance de todos estos fueros en el derecho de la Extremadura castellana está aún sin estudiar¹⁰⁸.

A la vista del texto, parece poder afirmarse que esta recopilación que conocemos del Fuero de Uclés se efectuó sobre refundiciones parciales que el concejo habría hecho anteriormente de los preceptos y de los privilegios que constituían su fuero. Aunque no conserva el texto huellas que muestren a primera vista este hecho, ni hay restos de fórmulas propias de privilegios independientes ni series homogéneas de enunciación o de contenido, la diversidad aparentemente desordenada de estilos y la repetición en sentido contradictorio de una misma disposición hablan en favor de esta posibilidad. Tres tipos de enunciación se repiten con particular frecuencia en la presentación de los preceptos; su utilización puede esquematizarse del modo siguiente:

<i>Totus/Nullus homo</i>	<i>Qui</i>	<i>Et</i>	<i>Otros</i>
1	2	48	12-13
3-9	10-11	72	15-17
14	20	92	19
18	23	98-99	21
22	53-55	107-108	28
24-27	57-58	124-125	32
29-31	79	128-130	50
33-47	10-113	143	56
49		156 a	61
51-52		185 a	95
59-60		191	114
62-71		194	116
73-78		197	120

107. Especialmente, A. GARCÍA-GALLO, *Aportación al estudio de los fueros*, 430-440; y A. BARRERO, *La familia del fuero de Cuenca*, 719-720 y nota 21. Otros autores siguen aceptando, sin embargo, la fecha de hacia 1190; así J. M. PÉREZ PRENDES, *Historia del Derecho Español*, 372. M. PESET y J. GUTIÉRREZ CUADRADO proponen la de 1200-1225 (*Fuero de Ubeda*, 32-34 y 146).

108. A. BARRERO, *La familia del fuero de Cuenca*, 719, nota 20; Id., *El fuero de Teruel*, 27, nota 95.

<i>Totus/Nullus homo</i>	<i>Qui</i>	<i>Et</i>	<i>Otros</i>
80-91		204	132
93-94		209	135
96-97		213	148-149
100-106			151
115			155
117-119			160
121-123			175-176
126-127			179
131			181-182
133-134			187-190
136-142			193
144-147			217
150			
152-154			
156			
157-159			
161-174			
177-178			
180			
183-185			
186			
192			
195-196			
198-203			
205-208			
210-212			
214-216			

Podría pensarse que estas clasificaciones responden a tres refundiciones diversas que se superpusieron al hacerse la redacción que ahora conocemos; sin embargo, esas refundiciones no solían utilizar un tipo de enunciación tan homogéneo, aunque éste es efectivamente un elemento de juicio más a la hora de estudiar el contenido de este texto en relación con otros fueros de la Extremadura castellano-aragonesa que pudieron intervenir en la formación del Fuero de Uclés. En líneas generales, puede afirmarse que el concejo se basaría para redactar este fuero en privilegios que en diversas ocasiones habían sido otorgados a la villa. Sin embargo, parece estar en contradicción con

esto el hecho de que el Fuero Latino aparezca como un claro añadido en la copia del código que nos ha llegado. Parecería más normal que si se tenía la idea de incluir el fuero antiguo, fuera éste el que encabezara la recopilación, o el que la concluyera, con el fin de colocar formalmente todo el conjunto bajo la autoridad del rey Alfonso VIII. Valga también observar que la inclusión del fuero de 1179 motiva que varios de sus preceptos se recojan por duplicado, ya que son bastantes las concordancias entre el Fuero Latino y el Romanceado¹⁰⁹, aunque éste desarrolle a aquél.

Junto a estos privilegios se recogerían costumbres locales y ordenanzas municipales aisladas. No es posible fijar en este caso de modo sistemático series de privilegios cuyo carácter de documentos independientes sea reconocible a través tan sólo del análisis de los textos que poseemos; la caótica apariencia del F. Romanceado viene agravada por la pérdida de la parte final del código. Tampoco me ha sido posible establecer un modelo que pudiera haber sido utilizado en Uclés para inspirar la estructura de su ordenación jurídica. Es indudable que, si se trata de una ordenación, sus redactores debieron seguir unos criterios preestablecidos para recopilarla; cuáles fueron estos criterios resulta, sin embargo, oscuro. Puede relacionarse esta cuestión con el problema de la racionalidad e irracionalidad del Derecho medieval, especialmente del anterior a la recepción romano-canónica¹¹⁰. Que los redactores del Fuero concibieron su obra como una recopilación en cierto modo exhaustiva del derecho de la tierra lo probaría la siguiente cláusula del Fuero Romanceado:

«Istos nostros alcaldes iudicent per ista carta, assi los iudicios que sunt scriptos, assi los que non potuerunt scribere, secundum lur arbitrium iudicent iudicium rectum et finiat iudicium. Et [si] istum scriptum non attenderint concilium et alcaldes, se deant fide mentitos et periuratos.» (FRU 120).

Es decir, la carta debe contener todas las normas. Si al plantearse un juicio resultara que algunas faltaran, se actuaría según el arbitrio de los alcaldes. Esas sentencias judiciales se convertirían entonces en

109. Véase luego, Apéndice 5.

110. Sobre esta cuestión, R. V. COLMAN, *Reason and Unreason in Early Medieval Law* en «The Journal of Interdisciplinary History» 4 (1974) 571-591.

norma, es decir, pasarían a formar parte del fuero. Si bien esto no significa, naturalmente, que todo el derecho de Uclés esté contenido en el Fuero Romanceado que conocemos.

B) EL FUERO ROMANCEADO DE UCLÉS Y EL FUERO DE SEPÚLVEDA

Las relaciones entre el F. Latino de Uclés y el F. de Sepúlveda han sido ya estudiadas¹¹¹. Si bien en número proporcionalmente menor, también algunas disposiciones del F. Romanceado encuentran su paralelo en el F. de Sepúlveda. Es de notar que también en este caso —como sucedía en el F. Latino— las concordancias con Uclés se refieren a la parte del F. de Sepúlveda que Rafael Gibert llama Fuero Extenso Peculiar (FEP)¹¹², es decir, la que este autor considera elaborada propia y originalmente en Sepúlveda, y no la procedente de un modelo tipo Cuenca. Sin embargo, debe destacarse el hecho de que esos preceptos que coinciden en el F. Romanceado de Uclés y en el Extenso Peculiar de Sepúlveda aparecen también en los de Cuenca y Teruel. Estos preceptos son los siguientes:

Fuero extenso peculiar

20. *De la compra del moro.*—Otrossí, mando que qui comprare moro por que quieran dar christiano cativo, den al sennor del moro el precio quel' costó et X mrs. de ganancia, e del'el moro; e si después que el moro fuere testiguado, lo vendieren o lo malmetieren, el sennor del moro saque el christiano, dandol'el precio, assí como sobredicho es.

Fuero romanceado de Uclés

169. *De tornadizo*—Todo homine que moro oviere comparado et ipso moro voluerit cativo christiano sacar vicino de Uclés, det tercia parte de ganancia a suo domino de quanto lo comparó. Et si hoc fecerit et non exierit illo christiano, tornent suo moro a suo domino.

Este precepto aparece en F. Teruel 410 y F. Cuenca, I, 23¹¹³.

111. Véase antes, IV, B, 5

112. *Estudio histórico-jurídico*, en E. SÁEZ, *Los fueros de Sepúlveda*, 362-370.

113. J. CARUANA ha editado *El Fuero Latino de Teruel* (Teruel 1974); M. GOROSCH, la versión romance, *El fuero de Teruel*, Estocolmo 1950 («Leges Hispanicas Medii Aevi» I).

61. *De omne que oviere a heredar.*—Otrrossí, todo omne que oviere a heredar, assí herede: el más cercano pariente herede, e que sea en derecho, assí como la ley manda, e que non sea fecho en barragana, fuera ende si fuere fecho fijo por conçeio, e plaziendo a los parientes que avrien de heredar el padre o a la madre, onde viene el heredamiento; e la raiz a la raiz se torne onde viene el heredamiento, esos lo hereden como lo deven heredar. Et los nietos hereden, con los otros hermanos del padre e de la madre, la suerte que deven aver el padre e la madre; e los sobrinos, fijos de hermanos, otrrossí hereden con sus tíos, assí como heredaríe su padre o su madre.

Este precepto aparece en Teruel 314; Cuenca X, 1 y Molina p. 76.

87. *Del qui cortare árbol.*—Otrrossí, todo omne que cortare árbol que fruta levare, o qui ramma d'él taiare, si ge lo pudiere provar con omnes veedores, peche V sueldos; e si de fondón lo taiare, peche II mrs. Et por la binbrera vera, qui la cogiere fasta V binbres arriba, et si la deraigare, peche II mrs.; si non, sálves' por su iura, e partas d'él.

Este precepto aparece en Cuenca V, 12.

197. *De omne que toviere hereditat por anno e día.*—Otrrossí, tot omne que toviere hereditat por anno e por día, e ninguno non ge la retentó, non responda más por ella. Et este anno e día dévesse entender por dos annos complidos, e firmando esto con tres vezinos pos-

72. *Quomodo herede padre e filio.*—Et est foro de Ucles quomodo hereditet filio e patre et matre a filio quando unus de illis transierit, et tornet raiz a raiz.

55. *Quien arbol taiare.*—Qui arbol taiaret que fructa levet de V morabetinos aiuso, quanto lo fecerit suo donno; o si vide ad^a aliqua rama de arbore, assi pectet.
a. ¿por aut?

64. *Qui hereditat intraret aut pri-siere aut comprare.*—Totus homo qui hereditatem compararet o pri-sieret aut intraret et usque ad unum annum non demandarent ei aut prendrarent, postea non respondat per illa suo domino in villa sedendo. Et si fuerit cativo aut

teros, que anno e día es passado que non lo demandó ninguno. Et si ante que passasse el anno e el día, ante los alcaldes demandó, o por conçeio, d'esto, responda por ello, sacado omne que non mora en termino o moço que non es de seso. El que non mora en término, qual ora viniere demandalle, respóndal'. Otrossí, el que non es de sesso, quando fuere de días por aver seso, demande e respóndale.

Este precepto aparece en Cuenca, VII, 10.

250. *De qui echare bassura en la villa.*—Todo omne o muger que estiércol o basura echare en toda Sepúlvega, en logar que danno faga a casa o a carrera, peche I mr., el medio al quereloso e el medio a los alcaldes; e si lo negare, salves' con I pariente o con I vezino.

Este precepto aparece en Teruel 107-8.

ii: romeria aut per inimiciam vel homicidium vel exido de villa, quando venerit pignoret eum ante de IX dies et sic respondeat illi; et si hoc non fecerit, non respondeat illi.

202. *Qui echare bassura.*—Totus homo qui bassura iactaret de las portas o de los moiones que los aicaldes pusieron adentro, pectet I morabetino. Et si non, salves' cum uno vicino.

Otra observación importante en este complicado asunto es que los tres primeros preceptos de esta tabla de concordancias aparecen, con enunciado bastante similar al del Fuero Romanceado de Uclés, en el manuscrito 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París que publicó Jean Roudil y que otros autores consideran que es un formulario situable entre los precedentes de la redacción del Fuero de Cuenca¹¹⁴.

El cotejo textual y las conclusiones sacadas antes sobre los precedentes del F. Latino de Uclés permiten afirmar también ahora que los redactores del F. Romanceado de Uclés no tuvieron presente como

114. J. ROUDIL, *El manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París* en «Vox Romanica» 22 (1963) 127-174 y 219-380. Se trata de los artículos 21, 66 y 188-189 de este formulario. La idea de que se trate de un formulario, no es de Roudil, sino de GARCÍA-GALLO, *Los Fueros de Toledo* en AHDE 45 (1975) 454. Véase también A. BARRERO, *La familia del fuero de Cuenca*, 722 y nota 34, y M. PESET y J. GUTIÉRREZ CUADRADO, *Fuero de Ubeda*, 104-106.

modelo un texto procedente de Sepúlveda. Los puntos comunes entre ellos pueden justificarse por el uso de un modelo común, más próximo a Uclés, que tras un número indeterminado de reelaboraciones sería utilizado en Sepúlveda. Ese modelo parece proceder, no del Fuero Latino de Sepúlveda, sino más bien de Medinaceli.

C) EL FUERO DE UCLÉS Y EL FUERO DE MOLINA DE ARAGÓN

El F. de Molina presenta algunas concordancias significativas tanto con el F. Romanceado como con el Latino de Uclés. Las concordancias con el F. Latino aparecen un tanto desvirtuados por el hecho de ser la copia del siglo XIII que se conserva del F. de Molina una versión romance de un texto latino anterior¹¹⁵. Son de destacar entre ellas las siguientes:

Fuero latino de Uclés

16. Et homines de Uclés de I.º anno insuper, si aliqua causa super eo venerit, vendant suas casas et suas hereditates et vadant se ubi voluerint.

Fuero de Molina

(Pág. 63). *Qui fuere de Molina.*— Do a vos en fuero que todos aquellos que y poblaren et casa y fizieren et si dende yrse quisieren envendan sus casas et su hereditat et vayan libres o yr quisieren.

Este precepto aparece en Medinaceli (versión de Carcastillo) 20; Belinchón 19; Antiguo de Zorita 17.

8. Et cavalleros de Ucles qui fuerint in guardia, primum erigant cavallos et plagas et postea quintent.

(Pág. 83). *Qui fueren en vest.*— Los omes de Molina que fueren en vest, primero rehagan sus erectas Et despues, quinten.

Este precepto aparece en Medinaceli (Carcastillo) 9; Belinchón 8; Antiguo de Zorita 8.

115. M. SANCHO IZQUIERDO, *El fuero de Molina de Aragón*, 39-40. Véase A. GARCÍA ULECIA, *Los factores de diferenciación entre las personas en los fueros de la Extremadura castellano-aragonesa*. Sevilla 1975, 378-380 y 399-401.

22. Et homines de Ucles, si prenderint moro alcaiat aut qui teneat castello, dent illum ad regem. Cavalleros vel peones qui adduxerint tale mauro, prendant de illo C morabetinos; postea dent ad regem.

(Pág. 83). *Qui prisiere Alcayat.*—Cavalleros o peones que alcayat prisieren, ayan por él c moravedís affonsís et seya el alcaiad del Señor de la Villa.

Este precepto aparece en Belinchón 26 y Antiguo de Zorita 23.

17. Et homines de Ucles si tornadizos tornaverint, si habuerint filios, hereditent eos post mortem¹¹⁶.

(Pág. 80) *Qui oviere tornadizos.*—Qui oviere tornadizos, si ovieren filios ereden estos; si filios non ovieren, ereden sus sennores.

Aparece este precepto en Medinaceli (Carcastillo) 21, Belinchón 20 y Antiguo de Zorita 18.

José Martínez Gijón ha destacado el interés de la concordancia de la disposición reguladora de las arras en los fueros de Molina y Romanceado de Uclés¹¹⁷. Esta disposición es la siguiente:

Fuero romanceado de Uclés

29. *De arras.*—Totus homo qui arras oviere a dar non det mas de XX morabetinos, tercia pars in boda, per foro d'Ucles, Et si in vida non demandarent, postea non respondat neque filii neque parentes, set homo qui fiador entrara por arras respondat o pectet bivo sedendo el qui eum miserit.

Fuero de Molina

(Pág. 85) *De aRas.*—El vezino de Molina que prendie muger, del por sus aras XX maravedís. Et la que demandare mas nol vala et después de la muerte ninguno non peche.

Este tipo de concordancia, a diferencia de casi todos los que he analizado hasta ahora, es de contenido y no de estilo¹¹⁸. No obstante,

116 La recensión C del F. Latino de Uclés dice: «Et homines de Ucles si tornadizos tornaverint, et si non habuerint filios, hereditent eos post mortem».

117. J. MARTÍNEZ GIJÓN, *El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca* en AHDE 29 (1959) 45-151; y *La familia del Fuero de Cuenca. Estado de una investigación científica* en «Atti II Congr. Intern. Soc. Italiana di Storia del Diritto» (Florenca 1971) 415-439.

118 Las limitaciones del análisis institucional para establecer la pertenencia de unos fueros a una determinada familia son observadas por el propio.

lo peculiar de la misma entre las disposiciones del derecho de la Extremadura que regulan el régimen económico del matrimonio, lleva a Martínez Gijón a utilizarla para apoyar sus conclusiones sobre la existencia de varias zonas de formación del Derecho relativo a esa materia. Una de estas áreas comprendería —según el mismo autor— el territorio de Molina y de Uclés, cuyo derecho se desarrollaría independientemente pero con coincidencias entre sí¹¹⁹.

Tanto esta hipótesis, que supone la existencia de un fondo o de un modelo común a ambos fueros, como las coincidencias formales y de contenido que hemos visto entre el F. de Molina y el de Uclés, avalan la teoría relativa a la pertenencia de este último al área jurídica de la Extremadura castellano-aragonesa.

D) EL FUERO DE UCLÉS Y EL FUERO DE CUENCA

La ordenación jurídica con que el F. Romanceado de Uclés presenta mayores similitudes es el Fuero de Cuenca; similitudes que se observan también en el F. Latino. Algunas de ellas son textuales, otras —la mayoría— solamente de contenido. Una tabla de concordancias aporta los resultados siguientes¹²⁰:

<i>Fuero de Cuenca</i>	<i>Fuero Latino de Uclés</i>	<i>F. Romanceado de Uclés</i>
I-6		96
I-7	10	
I-9	6	
I-14		165
I-16	5	
I-23		169
II-1	13	
II-7		138
II-30		148
III-1		155
III-17		57

autor en *El régimen económico del matrimonio*, 128; y por A. BARRERO, *La familia del fuero de Cuenca*, 723 y nota 37.

119. J. MARTÍNEZ GIJÓN, *La familia del Fuero de Cuenca*, 430.

120. Sigo de la edición de Ureña la parte que denomina «Forma sistemática».

<i>Fuero de Cuenca</i>	<i>Fuero Latino de Uclés</i>	<i>F. Romanceado de Uclés</i>
III-30		132
V-1		147
V-3		152
V-12		55
VI-1		7
VII-10		64
VII-14		43
IX-8	1	
IX-12	17	
IX-13	4	
X-1		72
X-5		61
X-8		13
XI-8		1
XI-10		3 a
XI-12		59
XI-16		36
XI-24	12	12
XI-26		179
XI-29		187
XII-3		46
XII-6		2
XII-18		16
XII-21		5
XIII-1		31
XIII-42		151
XX-III-13		59
XXIII-19	27	
XXIII-24		71
XXVII-1		77
XXIX-20		125
XXX-20, 21 y 58	8 y 23	
XXX-34	22	
XXXI-5		133
XXXI-16		78
XXXII-1		26
XXXIII-10		19
XLI-5		53
XLI-7		90
XLI-10		108
LXXII-3		182

Entre las coincidencias de estilo en la exposición merecen ser destacadas las siguientes ¹²¹:

Fuero latino de Uclés

10. Infançonos qui venerint ad Ucles populare tales calumpnias habeant de morte o de vita quomodo alios populatores. Infançonos qui intrarent in termino de Ucles de los moiones adentro, tales foros habeant quomodo alios vicinos de Ucles.

5. De magistro aiuso, uno seniore et uno merino.

Fuero de Cuenca

I-7. *Quod omnes populatores pares habeant calumpnias.*—Si aliqui comites, vel potestates, milites aut infançonos, sive sint regni mei, sive alterius regni ad Concham venerint populari tales calumpnias habeant, quales alij populatores, tam de morte, quam de vita.

I-16. *Quod in Concha subtus regem non sit nisi unus dominus.*—Concedo etiam vobis quod subtus regem unum dominum, et unum alcayat, et unum merinum habeatis.

La primera cláusula aparece en Medinaceli (versión de Carcastillo) 12; la segunda en Belinchón 5.

Estas coincidencias parecen demostrar que el Fuero de Uclés ejerció quizá una cierta influencia en la redacción del Fuero de Cuenca. Los títulos coincidentes del F. Latino podrían servir para dar la fecha de 1179 a las disposiciones similares de Cuenca, aunque con reservas, ya que gran parte de ellas concuerdan en la forma y en el contenido con textos anteriores (Belinchón, Medinaceli), si bien para Cuenca su fecha sería lógicamente posterior a la de su conquista cristiana (1177). No se puede, por otra parte, indicar una fuente única para los preceptos del F. Latino de Uclés que recoge el F. de Cuenca: algunos de ellos pueden atribuirse a Carcastillo o Sepúlveda (FLU 10, Cuenca I-7), otros a Medinaceli-Carcastillo (FLU 8, Cuenca XXX-20/21), otros a Fresnillo (FLU 4, F. Fresnillo 3), otros aparecen en Belinchón (FLU 5, Cuenca I-16, Belinchón 5). Esto quedaría justificado por el carácter atribuido al Fuero de Cuenca de suma de instituciones jurídicas castellanas de la época ¹²².

121. Estas concordancias las destacó ya R. GIBERT, *Estudio histórico-jurídico*, en E. SÁEZ, *Los fueros de Sepúlveda*, 399-400.

122. Así lo describe el prólogo al fuero (R. DE UREÑA, *Fuero de Cuenca*, 111-112).

Los paralelismos entre el Fuero Romanceado de Uclés y el de Cuenca son solamente de contenido. Este hecho puede indicar la existencia de refundiciones intermedias que han distanciado el estilo de ambos textos y, en ocasiones, quizá por la emisión de sentencias judiciales dispares, también el contenido de sus rúbricas¹²³. Dado el estado actual de los estudios sobre el Fuero de Cuenca, resulta difícil establecer cuál de los dos fueros es anterior en su desarrollo y ejerció su influjo en la redacción del otro. Si se acepta la opinión de Ureña de que el Fuero de Cuenca fue otorgado por Alfonso VIII en los últimos días de 1189 o en los primeros de 1190¹²⁴, es indudable que fue este fuero el que influyó en Uclés. Similar sería el proceso si se admite la fecha de 1200-1225 que proponen Mariano Peset y Juan Gutiérrez Cuadrado para la redacción del F. de Cuenca que conocemos¹²⁵. Si, por el contrario, seguimos la corriente de opinión actual que ve en el Fuero de Cuenca el ejemplo más avanzado y tardío de las recopilaciones forales castellanas, el Fuero Romanceado de Uclés ocuparía en este proceso un punto intermedio difícil de precisar, y sería de él de donde proceden algunos de los artículos del Fuero de Cuenca¹²⁶.

Sea como fuere, lo más interesante es destacar en primer lugar la existencia misma de relaciones entre las dos ordenaciones jurídicas, una de las cuales es característica del régimen municipal de una villa de realengo y la otra propia de una villa sujeta a régimen señorial; en segundo lugar, que esas relaciones no son de la importancia de las que enlazan otros fueros municipales castellanos con el de Cuenca, por ejemplo, los de Alcaraz, Alcázar o extenso de Zorita¹²⁷, prácticamente idénticos al de Cuenca, ni tampoco de la importancia de las que según Rafael Gibert existen entre ese fuero y la parte del Fuero de Sepúlveda que él denomina Fuero Extenso Añadido¹²⁸. La cuestión es, sin

123. Ejemplos de distanciamiento en el contenido son los siguientes: FRU 36 - F. Cuenca XV-1; FRU 150 - F. Cuenca XXI-1.

124. R. DE UREÑA, *Fuero de Cuenca*, XI.

125. *Fuero de Ubeda*, 32-34 y 146; tratan en general del estado de la investigación sobre el Fuero de Cuenca en p. 15-19.

126. Véase antes, nota 107.

127. Véase J. ROUDIL, *Les Fueros d'Alcaraz et d'Alarcon*, París 1968; también A. BARRERO, *La familia del fuero de Cuenca*, 722 y nota 33.

128. En E. SÁEZ, *Los fueros de Sepúlveda*, 348-358.

embargo, muy compleja y creo que desborda el tema de los fueros de Uclés. Valga simplemente notar que las concordancias entre el Fuero de Cuenca y el de Uclés reflejan que el derecho de Uclés está enclavado plenamente en el de la Extremadura castellano-aragonesa.

VI. MEJORAS Y ADICIONES AL FUERO DE UCLES

Se conservan seis cartas de amejoramiento del Fuero de Uclés, tres del siglo XIII y tres del XIV¹²⁹. Las tres primeras tienen la forma de avenencia entre la Orden de Santiago, representada por el maestre, el comendador de Uclés y su cabildo, y el concejo de la villa, representado por todas sus autoridades. El contenido de estos privilegios es en su mayor parte de carácter económico: se exime a los pobladores de ciertas obligaciones, se hacen más llevaderas otras. Ambos datos hacen pensar que se trata de acuerdos convenidos a raíz de enfrentamientos o tensiones entre el concejo de Uclés y sus señores, conflictos de los que nada informan otras fuentes¹³⁰. Estos textos son, por otra parte, de especial interés para conocer las prácticas de derecho realmente vigentes en Uclés, en especial si se tiene en cuenta que ninguna de las cláusulas que estas mejoras enuncian aparece recogida en la parte que se conserva del Fuero Romanceado, ni tienen tampoco paralelo siquiera incipiente en el Fuero Latino.

El contenido de dichos privilegios es el siguiente:

1) *El privilegio de 1227*

Se trata de un acuerdo concluido en el mes de mayo entre el maestre de Santiago Pedro González y el cabildo de freiles de Uclés,

129. Véase antes, nota 14.

130. La documentación de Uclés, procedente en su casi totalidad (para los siglos XII-XIV) de los archivos señoriales de la Orden, es muy poco explícita en este sentido. Hay algunas alusiones en la carta de mejora del fuero de Moratilla, de 1223 (pub. R. MENÉNDEZ PIDAL, *Documentos lingüísticos de España*. Vol. I. *Reino de Castilla* [Madrid reimpresión 1966], 421-422). Sobre este tema en general, puede verse R. PASTOR, *Resistencias y luchas campesinas en la época del crecimiento y consolidación de la formación feudal. Castilla y León, siglos X-XIII*. Madrid 1980.

de una parte, y el concejo de la villa, de la otra¹³¹. Sus cláusulas se refieren a una sola cuestión: el montazgo en los castillos fronterizos de la Orden. Esta declara en él exentos de su pago a los ganados de los vecinos de la villa a su paso por cuatro castillos del sur: Añador, Almuradiel, Quitrana y Alcubillas. En otros tres, el montazgo se seguiría pagando de la siguiente manera: dos carneros por grey en el castillo de Alhambra, tres en el de Santiago y dos en San Polo y sus términos. Se fija también el montazgo a pagar por la caza menor: los corredores y los conejeros de la villa entregarían tres pieles de conejo en todos los castillos citados; los loseros y los laceros, tres conejos enteros.

La Orden no concedió gratuitamente a sus vasallos estos beneficios económicos. Como contrapartida, el concejo le entregó todo lo que poseía en Almuradiel.

Se comprenderá mejor el alcance de este privilegio si se considera que la ganadería trashumante era uno de los pilares en que se apoyaba la economía de la villa, y la caza de conejos objeto de comercio y del sustento familiar. Por otra parte, esos castillos de Añador, Almuradiel, Quitrana, Alcubillas, Santiago, Alhambra y San Polo se sucedían en la ruta obligada de los pastores por las nuevas tierras reconquistadas del campo de Montiel hacia los extremos albaceteños.

Ahora bien, este acuerdo está en aparente contradicción con una de las cláusulas del Fuero Latino de 1179: «De ganado de Ucles non prendan montadgo in nullas terras; et si hoc fecerint, dupplent illud» (FLU 6). Aunque el acuerdo de 1227 comporte una permuta de bienes económicos, es posible que fuera el incumplimiento por parte de los señores de este precepto del F. Latino lo que desencadenara las tensiones que llevaron al pacto entre ambas partes. La Orden, que se hallaba obviamente en posición de fuerza, se resistiría a renunciar sin compensación alguna a beneficios económicos adquiridos de hecho. Las condiciones del repoblador de Uclés habían cambiado al dejar de ser villa de frontera como consecuencia de la victoria cristiana de Las Navas y de las conquistas efectuadas durante los maestrazgos de Martín Peláez y Fernando Pérez Chacín¹³². Es de suponer que de las pobla-

131. AHN, Sellos, carp. 73, núm. 3; lo he editado en *Colección diplomática de Uclés*, doc. 138.

132. Véase D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago*, 11-12.

ciones de segunda línea esperara la Orden, ante todo, aportaciones económicas que contribuyeran a cubrir los gastos de sus expediciones militares, incluso cuando esas exacciones ponían en peligro el mantenimiento del nivel de ocupación de sus propios dominios¹³³.

2) *El privilegio de 1242*

Lo otorgaron en el mes de octubre el maestre Rodrigo Yáñez, el comendador de Uclés Pelay Pérez y el prior Fernando Pérez, con el consentimiento del cabildo de freiles de Uclés; lo confirmaron o atestiguaron gran parte de las autoridades concejiles y numerosos miembros de la Orden¹³⁴. Se trata en él una cuestión importante para la villa: el pedido del pan. Por este privilegio, la villa dejó de pagarlo en especie: debería abonar en cambio anualmente a sus señores una cantidad fija en metálico —seiscientos maravedís—, cantidad que no podría ser modificada por ninguna de las partes en ningún tiempo, aunque el cereal «sea caro o sea refez». Esta cantidad debía ser entregada inmediatamente después de la recolección, entre las fiestas de Santa María de agosto y San Miguel de septiembre. Este hecho del paso al pago en moneda de derechos señoriales, paso que se da pronto en Uclés, es atribuible al triunfo de reivindicaciones campesinas logradas con las nuevas roturaciones que permitían las nuevas conquistas.

133. Años más tarde (en 1272/1274), cuando la encomienda mayor se había trasladado de Uclés a Segura de la Sierra y la vega del Guadiana interesaba mucho más que la zona del Tajo, el maestre Pelay Pérez Correa arrendará repetidas veces a judíos sus derechos en Uclés con el fin de obtener numerario para sus campañas militares (D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago*, 271-275). La cuestión podría, sin embargo, estar también relacionada con el progresivo afianzamiento del concejo. El F. Latino de 1179 aparece concedido por el maestre y por el rey, sin que se aluda a la intervención del concejo; sólo de forma vaga e incidental se menciona a los «hombres de Uclés» que reciben el privilegio de manos del rey. En el código del Fuero Romanceado aparece una adición al F. Latino (después de la datación de éste) que comienza: «Hoc placet seniori et concilio», es decir, aparecen ya las dos entidades, aunque con el señor en primer término. En cambio, el F. Romanceado comienza con la frase: «Hec est carta que fecerunt concilio et seniores», figurando en primer término el concejo.

134. AHN, Uclés, carp. 339, núm. 10; lo he editado en *Colección diplomática de Uclés*, doc. 188.

Resulta difícil calcular en valor relativo el alcance de esta cantidad a pagar. No tenemos noticia de lo que entregaban antes en especie, ni tampoco de otro ajuste de cuentas posterior. Sabemos que los de Fuente el Saúco debían dar a la Orden en 1194 por todo servicio treinta cahíces de cereal, treinta fanegas del Barco y siete maravedís y medio, pero el número de pobladores era mucho menor que en Uclés. El concejo de Ocaña pagaba anualmente en 1210 ciento veinte maravedís por la martiniega¹³⁵, obligación de la que quedaron explícitamente exentos los caballeros. A pesar de esta dificultad, se puede concluir que en la dinámica señor/señorío este privilegio fue favorable al concejo: evitaba abusos por parte de la Orden, que no podría exigir otro pedido del pan, y el tiempo había de mostrar que el incremento de la inflación monetaria menguaría valor a la cantidad pactada.

3) *El privilegio de 1256*

Fue otorgado en el mes de septiembre por el maestre Pelay Pérez y el comendador de Segura, con consentimiento del Capítulo General que se celebraba por esas fechas en Uclés¹³⁶. No se trata en este caso de la concesión de un privilegio concreto, sino de una amplia modificación del fuero. Contiene doce cláusulas, en su mayoría referidas a cuestiones económicas. Cinco de ellas regulan la percepción del pecho anual. Se fija la cantidad a pagar atendiendo a la riqueza relativa de cada vecino, distinción que no se encuentra en los lugares poblados a fuero de Uclés. El labrador más favorecido económicamente, llamado postero mayor, debía pagar dos maravedís y medio al año; el mediero, un maravedí y medio; el cuartero, tres cuartas de maravedí; el ochame-ro, medio maravedí (tít. 1). Desconocemos qué cantidad de bienes debía poseer un labrador de Uclés para ser considerado postero; el documento se limita a hacer referencia a una situación conocida: «e el postero sea segunt la quantía de como ante solía seer»¹³⁷.

135. El fuero de Fuente el Saúco lo han publicado D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago*, 239, y J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 466-467. La concordia entre la Orden de Santiago y el concejo de Ocaña, C. GUTIÉRREZ DEL ARROYO, *Fueros de Oreja y Ocaña*, 659-661; y J. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III, 520-522, núm. 868.

136. Lo ha publicado D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago*, 265-266.

137. Según Julio GONZÁLEZ, *Repoblación de Castilla la Nueva*, II, 151, en Valdeiglesias se consideraban posteros los que tenían cuantía de 20 mara-

La cuenta del montante del pecho se ajustaba el día de San Martín, y el dinero debía estar recogido antes de Navidad; de ahí el nombre de martiniega con que este impuesto se conoció después. La recaudación no la efectuaba la Orden directamente sino los jurados elegidos en la villa y en cada una de sus aldeas; éstos debían entregar al maestro o al comendador la cantidad recogida. Para ser jurado era condición indispensable ser postero; una vez elegido, el jurado no podía rechazar el nombramiento, so pena de diez maravedís y, además, ser jurado. Con el fin de aumentar su eficacia en la tarea recaudadora, los señores les preñarían a ellos y no a los contribuyentes si el impuesto no se pagaba en los términos establecidos.

Parte de la cantidad recogida en concepto de pecho quedaba en la villa: trescientos maravedís los distribuía el juez entre los caballeros «segunt que an usado» (tít. 2). Con este dinero se resarcirían los caballeros de las pérdidas sufridas en la guerra. Según dispone el Fuero Romanceado, todo el concejo estaba obligado a participar en el resarcimiento del caballero cuyo caballo muriera en expediciones militares de carácter defensivo.

El pago del pecho liberaba a los vecinos de Uclés de «dar otros

vedís en bienes materiales, exceptuando los vestidos; en Brihuega, había posteros de 20 maravedís y medios posteros de 12 maravedís; según este autor, la categoría de postero la daba, por tanto, la cuantía de los bienes, y el término «postero» deriva de «posita». L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO (*Fueros del concejo de Arcediano (Salamanca). Año 1262 en Homenaje a José María Lacarra [Zaragoza 1977] vol. I, 245-261*) da en cambio al término un sentido distinto, más relacionado con el abolengo que con la riqueza: posteros serían los descendientes de los primitivos pobladores de la localidad (p. 254). En el caso de Uclés, la interpretación de Julio González es la que más se ajusta a las fuentes. El fuero de Montalbán, otorgado por Pedro II en 1208, dice refiriéndose a esta categoría de vecinos: «Item, quicumque in Monte Albano vel eius aldeys habuerit valens mille solidos inter honorem et avere, sit posterus in regno, et a mille solidis [...]sum inde, secundum quod habuerit, peitet racionalibilter et non aliter» (pub. R. SÁINZ DE LA MAZA, *La Orden de Santiago en la Corona de Aragón, 236-238*). La cuantía requerida para ser «posterus in regno» indica que el término debe entenderse como una traducción al latín por los escribanos de la cancillería real aragonesa del término vulgar *postero*, cuyo morfema *-ero* es plenamente romance y sugiere una etimología relacionada con el verbo *ponere* (*positus* = «colocado», «arraigado» o *posita*, como dice J. González) y no con la raíz *post-*.

morabetinos a juez nin a alcaldes nin a jurados nin a escrivano nin a andador nin a idas de rey nin a jantar de maestre nin de comendador» (tít. 5). Solamente debían dar yantar y servicio al rey cuando acudiese a la villa.

Quedaron exentos de pecho los huérfanos menores de quince años (tít. 12) y los tres sexmeros que representaban cada año a las circunscripciones aldeanas. Un grupo familiar quedaba obligado a pagar un solo pecho antes de dividir la herencia (tít. 8).

La existencia de hecho en Uclés de una doble jurisdicción —la más próxima de la Orden y la superior del rey— provocaba problemas que se traducían en una doble exigencia de servicios, especialmente en el terreno militar. Consecuencia de ello son dos cláusulas de este privilegio de 1256: en primer lugar, el maestre se compromete a no exigir fonsadera cuando la tome el rey (tít. 7); en segundo, cuando el rey solicite pedido a la villa y sus aldeas, el maestre deberá gestionar su supresión; si no lo consiguiera, tomará en tal ocasión solamente setecientos maravedís del pecho y el resto lo destinaría el concejo a pagar el pedido del rey (tít. 6).

Se protege a las aldeas prohibiendo la promesa de servicios a su costa sin consentimiento de los sexmeros que las representaban.

Finalmente, el maestre confirma todos los fueros y usos hasta entonces vigentes en Uclés.

4) *El privilegio del maestre Vasco Rodríguez*

Fue otorgado en marzo de 1338 y contiene en realidad dos documentos:

a) Un privilegio sin fecha del maestre García Fernández recogiendo a su vez otro del maestre Diego Muñiz.

b) El privilegio del maestre Vasco Rodríguez.

El primero de ellos puede fecharse entre 1311 y 1318, fechas aproximadas del maestrazgo de Diego Muñiz¹³⁸. Fue concedido con la intención expresa de mejorar las condiciones de vida de los habitantes de la villa y, sobre todo, con la de atraer nuevos pobladores. La po-

138. Según J. LÓPEZ AGURLETA en apéndice al *Bullarium Equestris Ordinis Sancti Iacobi de Spatha*, Madrid 1719; y C. GUTIÉRREZ DEL ARROYO, *Privilegios reales de la Orden de Santiago en la Edad Media* (Madrid s. a.) 33.

sición de la Orden en Uclés debía ser difícil en esos momentos, pues el maestro declara a sus vasallos exentos de todos los tributos que los santiaguistas cobraban en la villa, especificando entre ellos los de fonsadera, pechos de San Miguel y martiniega. Seguidamente confirma todos los fueros y privilegios concedidos hasta entonces a la villa, con la excepción del «pan que an a levar a la sierra», cuya cantidad se fija en dieciocho fanegas.

En el segundo documento, el maestro Vasco Rodríguez confirma el privilegio de su antecesor en cuanto se refería a la exención de tributos. En lo relativo al pan de la sierra, decidió que los de Uclés lo aportaran cuando así fuera dispuesto por la Orden. Un tercer precepto se refiere a los caballeros de la villa, a los que obliga a que acudan con sus caballos y armas al servicio del maestro cuando éste así lo ordenara.

No es probable que esta exención de tributos, especialmente la referida a los pechos de San Miguel y San Martín, llegara nunca a tener vigencia efectiva en Uclés. El privilegio otorgado en el mismo año que analizaré a continuación muestra que por lo menos la martiniega no se había dejado de pagar.

5) *El privilegio del maestro Alfonso Méndez*

Fue concedido en el mes de septiembre —seis meses después que el anterior— con la misma intención de fomentar el crecimiento demográfico de la villa. Su contenido se refiere únicamente a la martiniega, y por el carácter de la disposición parece presuponer la existencia de un documento intermedio perdido. No se hace referencia alguna a la exención de martiniega antes citada. Por el contrario, muestra que esta imposición se seguía pagando en 1338, pues el privilegio dispone que de la cantidad recaudada por la Orden en tal concepto en Uclés y su término se separaran mil doscientos maravedís, que pasarían a poder de la villa. No a los contribuyentes, por lo que no puede interpretarse esta disposición como una disminución indirecta del pecho anual, sino al concejo. Se trata, pues, probablemente, de un intento por parte de la Orden de contribuir a sufragar los gastos militares de los caballeros villanos.

Esta contribución de la Orden puede relacionarse con una de las

cláusulas del privilegio antes citado de 1256¹³⁹. En ella, el maestre Pelay Pérez había dispuesto que del pecho anual que los habitantes de la villa estaban obligados a pagar a la Orden, se separasen trescientos maravedís —a pagar por San Martín—, maravedís que el juez repartiría entre los caballeros, según era costumbre. Esta cantidad se aumenta ahora considerablemente —hasta mil doscientos maravedís— no sólo porque la depreciación de la moneda la hubiera hecho insuficiente, sino también porque el número de caballeros había, con toda probabilidad aumentado en Uclés. El Fuero Romanceado disponía que todo caballero que morara en la villa y poseyera caballo de valor superior a doce maravedís, quedara exento de pecho (FRU 190). A esta disposición, sin duda antigua en los fueros castellanos y que aparece ya recogida en una concordia de 1184 entre la Orden y el concejo de Ocaña¹⁴⁰, se añaden en el F. Romanceado tres cláusulas: a) que los caballeros vayan equipados con lanza, escudo, espada y dos espuelas; b) que alimenten el caballo a cebada y no lo empleen para carga; c) que si el comendador de Uclés considerara a un vecino lo suficientemente rico para mantener caballo y armas en tales condiciones, debía obligarle a hacerse caballero (FRU 190). Las dos primeras disposiciones comportaban un aumento de las prestaciones exigidas al caballero. La tercera, el establecimiento en Uclés de los caballeros de cuantía.

No está demostrado que solamente por una cuestión de honor o de encumbramiento social el villano medieval ansiara abandonar su condición de pechero y acceder a la de caballero. Las prestaciones militares exigidas a este último y el mantenimiento de su equipamiento guerrero podían ocasionarle gastos superiores a la cantidad que el vecino pechero que disfrutaba de riqueza similar debía tributar, y las oportunidades de hacerse con botín estaban más lejos del habitante de Uclés a mediados del siglo XIII de cuanto podían haberlo estado en el siglo anterior al reorganizarse la villa. Estos hechos serían tenidos en cuenta al establecer la obligatoriedad de ser caballero si la situación económica del vecino lo permitía¹⁴¹. Por otra parte, el establecimiento

139. Véase doc. cit. en nota 136.

140. Pub. C. GUTIÉRREZ DEL ARROYO, *Fueros de Oreja y Ocaña*, 661-662.

141. El parágrafo 190 del F. Romanceado establece la compra del caballo a quien pudiera mantenerlo como una obligación: «Et ad alios qui viderint comendator et alcaldes que debent cavallos habere, faciant eis emere».

de estos caballeros de cuantía suponía un aumento de los gastos del concejo, ya que el caballero tenía derecho por fuero a ser resarcido por aquél de las pérdidas sufridas en su caballo y armas. Por todo ello, el concejo de Uclés necesitaba en 1338 disponer de una cantidad bastante mayor para poder dar «a cada cavallero su derecho».

Este sería el sentido del privilegio de Alfonso Méndez; la Orden se priva de parte de sus derechos, pero esos derechos redundan indirectamente en su propio provecho al favorecer la disponibilidad militar de la parte más importante de sus vasallos aptos para la guerra. Privilegio que, por otra parte, supone la existencia de una disposición anterior aumentando la cantidad a pagar por los vecinos pecheros, vecinos en los que en último término se basaban todas las posibilidades fiscales de la villa.

VII. LA EXPANSION DEL FUERO DE UCLES

El Fuero de Uclés se difundió por diversos lugares repoblados por la Orden de Santiago en la Serranía de Cuenca, Campo de Montiel y Reino de Toledo. Las concesiones conocidas son las siguientes:

- Estremera (h. 1182).
- Dos Barrios (1192).
- Fuente el Saúco (1194).
- Huélamo (1206-1210).
- Montealegre (1217-1221).
- Añador (1224).
- Torre de Don Morant (1229).
- Chozas (después Villamayor de Santiago) (1321).
- Villanueva del Cardete (1318-1327).
- Fuentidueña de Tajo (1328).
- Puebla de Almuradiel (1331).

No en todas ellas aparece explícita la referencia al Fuero de Uclés. Tampoco se copia —salvo en un caso— este fuero íntegro, sino que las concesiones se limitan a recoger algunas de sus cláusulas y a modificar otras, especialmente las relativas al pago del pecho y a las reservas señoriales. Salvo en el caso del Fuero de Estremera —único que

reproduce casi literalmente el F. Latino de Uclés— no se puede concluir más que por las fechas si la concesión se refiere al F. Latino o al Romanceado. Lo más probable es que se conceda, no solamente el texto de 1179, con las mejoras y privilegios que se hubieran conseguido hasta el momento de otorgarlo a otro lugar, sino también toda una serie de costumbres propias del derecho de la tierra que no llegaron a tener nunca una fijación escrita. Aparte motivaciones lógicas de carácter general, esto viene justificado por el hecho de que casi ninguna de las cláusulas que forman los fueros de las villas pobladas a F. de Uclés aparece recogida con formulación coincidente en las redacciones que conocemos del derecho de Uclés. Por otra parte, puede pensarse que el hecho de que el F. Latino se incluya como una rúbrica más en el texto del F. Romanceado, proporciona a estas dos compilaciones un carácter unitario y de continuidad que haría innecesario plantearse el problema de cuál de las dos compilaciones fue concedida en cada caso, ya que se trataría en todo momento del mismo derecho con un número mayor o menor de mejoras y privilegios o cargas adicionales, de acuerdo con las necesidades surgidas con el paso del tiempo y los cambios económicos y políticos más generales. Una última posibilidad sería atribuir estos desajustes textuales a la existencia de una segunda codificación de los fueros de Uclés que no se conserva en la actualidad.

Todos los documentos que conocemos de la expansión del Fuero de Uclés son del tipo de fuero breve, más cercanos a la carta de población que a ordenaciones jurídicas complejas.

1) *El Fuero de Estremera*

No se sabe cuándo ni en qué circunstancias se anexionó esta villa a la Orden de Santiago, pero es probable que se la concediera Alfonso VIII poco después de la creación de la Orden, pues figura ya entre los dominios de ésta en la bula de aprobación de la Orden expedida por Alejandro III el 5 de julio de 1175¹⁴². Estremera perteneció a los santiaguistas hasta que hacia 1560 Felipe II, administrador per-

142 La bula confirmatoria de la Orden la publica, entre otros, el *Bullarium S. Iacobi*, 13-17. B. DE CHAVES (*Apuntamiento legal*, 13r-v) opina que, por pertenecer al término de Oreja, pasó a los santiaguistas con este castillo al donárselo Alfonso VIII en 1171, si bien no consta en este documento (que ha publicado, entre otros, J. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II, 275-277, núm. 162.

petuo de las Ordenes Militares, la vendió a don Francisco de Menéndez ¹⁴³.

El fuero de Estremera se ha conservado únicamente en copia simple del siglo XII, sin fecha y sin las suscripciones de testigos o confirmantes, si es que las hubo en el original ¹⁴⁴. Es un documento de gran interés que, como ya se ha indicado, copia el texto del F. Latino de Uclés de 1179 pero reduciéndolo y adaptándolo a la peculiar situación de Estremera. Como el F. L. de Uclés, lo otorga el maestre Pedro Fernández por deseo y con autorización de Alfonso VIII y de la reina doña Leonor. Puede pensarse que esto no es más que una copia del texto de Uclés sin valor real (podría también pensarse que el texto de Estremera es anterior, ya que esta villa fue donada a la Orden posiblemente antes que Uclés); pero ante la imposibilidad de demostrar una de esas hipótesis, la concesión por Pedro Fernández puede servir de fecha *ad quem* para situar la concesión del Fuero de Estremera antes de junio de 1184 ¹⁴⁵.

No se habla en el documento de concesión del F. de Uclés, sino simplemente se copia el que había sido otorgado a esa villa. Únicamente en tres puntos se separan ambos textos en cuanto al contenido: a) fijación de medianedos (tít. 25); b) limitación de las posibilidades de apelación en los juicios (tít. 28); c) concesión del Fuero de Sepúlveda como complementario. En cuanto a la forma, la única alteración es la colocación cambiada de cuatro cláusulas: Uclés 8-9 = Estremera 9-8; Uclés 18-19 = Estremera 19-18 ¹⁴⁶.

143. En E. SÁEZ, *Los fueros de Sepúlveda*, 362-370.

144. El fuero de Estremera lo ha publicado J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 337-339, doc. 153.

145. Según el Calendario de Uclés, Pedro Fernández murió el 26 de junio de 1184 (véase D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago*, 283). Juan Antonio FERNÁNDEZ en el *Índice de Escrituras de Uclés*, da la fecha de 1182 sin indicar razones, fecha que sigue José-Luis Martín. Es suficiente saber que el fuero de Estremera fue otorgado entre marzo de 1179 —fecha de concesión del F. Latino de Uclés, y junio de 1184.

146. Esta alteración puede reflejar que la copia se hizo sobre otro ejemplar distinto al hoy conocido del Fuero Latino de Uclés, quizá un borrador mutilado que no contenía las suscripciones ni la cláusula final de concesión del Fuero de Sepúlveda como complementario (FLU 29). En Estremera no se modifican las circunstancias de concesión del fuero, sino que se copian del de Uclés; no es por ello seguro que el fuero de Estremera lo

Estremera está situada al noroeste de Uclés, al otro lado del Tajo. Por este motivo es lógico que el lugar elegido como medianedo para sus juicios con Huete deje de ser Alcázar del Rey —que lo era para Uclés— y sea sustituido por «illas acenias de Ardabet». Los demás medianedos, que se refieren a lugares más alejados —Talavera, Toledo, Avila, Pedraza, Sepúlveda, Ayllón, Fita, Talamanca, Caracena y Zaragoza—, quedan en los mismos lugares en que se habían fijado para Uclés.

La alzada en juicios cuya sentencia no fuera aceptada por las dos o una de las partes queda limitada en Estremera a la posibilidad de recurrir al comendador de Uclés. Esta cláusula se mantendrá en casi todos los lugares problados a Fuero de Uclés y es uno de los vínculos de dependencia más significativos que se establece entre tales lugares y la villa de la que procede su derecho. Los vecinos de Uclés podían acudir en alzada al rey cuando estuvieran en litigio cantidades superiores a diez maravedís¹⁴⁷ y el Fuero Latino fijó los lugares que serían medianedo en esos juicios (FLU 28). Esta cláusula aparece en el F. de Belinchón de 1171 (tít. 33), pero en él las alzadas no van al rey sino al señor, es decir, al arzobispo de Toledo. Esto muestra que a Estremera no se le concedió simplemente un fuero igual al de Uclés, sino que conscientemente se adaptaron determinadas cláusulas de éste al tipo peculiar de organización jurídica que la Orden de Santiago pretendía establecer en sus dominios.

Siguiendo el mismo criterio, no se otorgó a Estremera como complementario el Fuero de Sepúlveda, omitiendo esta cláusula final del F. Latino de Uclés. No es probable que el copista de Estremera olvidará recoger un precepto tan significativo. Más probable es suponer que el maestre reservara al dominio central de la Orden en Castilla ese privilegio; o que la cláusula de concesión del F. de Sepúlveda como supletorio fuera añadida por Alfonso VIII al renovar la carta del F. de Uclés en 1179, y no constara en la elaboración previa del fuero por el

concediera el maestre Pedro Fernández, aunque sí es probable, pues en caso contrario se hubiera sustituido en la copia el nombre del maestre, del mismo modo que fue sustituido el nombre de la villa. La existencia de esta copia puede tener razón de ser en una concesión genérica del fuero de Uclés a Estremera, hoy perdida, que al no reproducir aquél obligó a los vecinos a realizar la copia.

147. FRU 77 y 107.

maestre Pedro Fernández, carta previa que es la que copiaría en este caso el escriba de Estremera. O tal vez esa cláusula de 1179 cayera muy pronto en desuso. Es ésta, sin embargo, una cuestión que permanece abierta al debate, ya que en ninguna de las restantes concesiones conocidas del F. de Uclés en la época que estudiamos se hace alusión a este punto. Ni parece posible tampoco identificar sin más el derecho de Uclés con el de Sepúlveda ¹⁴⁸.

2) *El fuero de Dos Barrios*

Es discutible la legitimidad de la inclusión de este fuero entre los que marcan las líneas de expansión del F. de Uclés, pues no consta la concesión de éste a Dos Barrios en fecha tan temprana (1192). Me ha inclinado por esta solución la confirmación del fuero de 1192 en 1242 y la dependencia directa del comendador de Uclés que este último documento refleja.

El fuero de Dos Barrios fue otorgado en 1192, confirmándolo el rey Alfonso VIII ¹⁴⁹. La villa está situada en el antiguo Reino de Toledo, no lejos de esa ciudad y al sur de Ocaña, a cuyo arciprestazgo pertenece ¹⁵⁰.

148. De una difusión indistinta del Fuero de Sepúlveda y el de Uclés habla E. GACTO, *Temas de Historia del Derecho*, 100.

149. Pub. D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago*, 263-264.

150. Dos Barrios fue conquistada antes de 1154, fecha en que Alfonso VII la donó a Antolino Portaguerra y Pelagio Pérez; en 1201, Alfonso VIII la dio a Pedro Martín de Ocariz (P. RASSOW, *Die Urkunden Kaiser Alfons' VII. von Spanien. Eine paläographisch-diplomatische Untersuchung*, Berlín 1929, 126-127; J. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III, 236-237, núm. 698. La repoblación de la villa debió comenzarse algunos años antes de 1192, fecha en que el carácter de la concesión del fuero parece indicar la existencia de un núcleo de población incipiente. Dos Barrios fue poblada por tres hermanos, Rodrigo Riquer, Pedro Riquer y don Riquer —según consta en el encabezamiento del fuero—, probablemente por encargo de Alfonso VIII. Las suscripciones del documento, que se conserva únicamente en la confirmación de 1242, hacen pensar en la intervención de este rey al menos en la concesión del fuero, si bien extraña que el documento recoja a los confirmantes y no reproduzca íntegramente el protocolo con la intervención del rey. Dos Barrios se perdería en 1108 a raíz de la batalla de Uclés (R. JIMÉNEZ DE RADA, *De Rebus Hispaniae*, con índices por M. D. Cabanes [Valencia 1968] VI, XXXII, 144-145).

No es probable que en 1192 Dos Barrios perteneciera ya a la Orden de Santiago, pues no consta que ésta interviniera en la concesión del fuero. En 1182 los santiaguistas se interesaron por la zona de Ocaña y compraron a la Orden de Calatrava esta villa y sus derechos en Uclés por cien maravedís de renta en las salinas de Espartinas y la villa de Alcubilla del Marqués¹⁵¹. Sabemos que en 1214, Uclés tenía intereses precisos en Dos Barrios¹⁵². Pero de la incorporación de la villa completa al señorío de la Orden no tenemos noticia segura hasta 1242, fecha en que el maestre Rodrigo Yáñez y el comendador de Uclés Pelay Pérez confirman el fuero de 1192 y regulan las relaciones entre el concejo de Dos Barrios y la encomienda de Uclés¹⁵³. Al parecer, esta villa no quedó mucho tiempo en manos de la Orden, pues en 1259 los santiaguistas la cambiaron a Gutierre Suárez por el pueblo de Osa de Montiel con el fin de redondear su señorío en el Campo de Montiel¹⁵⁴; debió, sin embargo, volver pronto a su señorío, pues en 1273 el maestre Pelay Pérez arrendó sus rentas a sus almojarifes judíos don Bono, don Jacob y don Samuel¹⁵⁵.

Dos Barrios dependió, pues, directamente, de la encomienda de Uclés y es probable que el derecho de Uclés estuviera vigente en esa villa. No obstante, esto no puede mantenerse con seguridad más que en lo que se refiere al privilegio de 1242, no al fuero de 1192, por lo que no me ocuparé de éste aquí. Es de destacar, sin embargo, que el fuero de 1192 disponía que los pleitos se decidieran según el fuero de Toledo, y el privilegio de 1242 confirma esta cláusula, ateniéndose probablemente a un respeto a la costumbre y a la vecindad geográfica. Los restantes preceptos de ese fuero no presentan contradicción alguna con el derecho practicado en Uclés.

151. Pub. entre otros por J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 332.

152. En una concordia con el arzobispo de Toledo Rodrigo Jiménez de Rada, la Orden cambió la villa de Archilla con todas sus pertenencias por una viña en Dos Barrios que el arzobispo y cabildo toledanos habían comprado a la abadesa del convento de San Clemente de ese lugar (pub. *Bullarium S. Iacobi*, 122-124).

153. Véase antes, nota 149.

154. AHN, Uclés, carp. 214, núm. 16; cit. por D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago*, 114 y nota 79 bis; y por J. GONZÁLEZ, *Repoblación de Castilla la Nueva*, I, 359 y nota 25.

155. Pub. D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago*, 271-273.

El privilegio de 1242 es exclusivamente de carácter económico y debe situarse en la misma línea de actuación que inspiró la concesión a Uclés tres meses más tarde y por los mismos personajes del documento que convertía el pedido anual de cereal en el pago de una cantidad fija en metálico¹⁵⁶. Ya se ha indicado que este cambio se interpreta como un avance en las reivindicaciones de los campesinos al aumentar las roturaciones con motivo de la progresiva expansión territorial cristiana. A partir de 1242, los vecinos de Dos Barrios debían pagar trescientos maravedís anuales en sustitución de las obligaciones antiguas siguientes: a) del pecho, que en Dos Barrios consistía en una cuarta de maravedí por vecino no caballero; b) de los animales y peones que debían proporcionar gratuitamente a la Orden en la época de la recolección. Esta cantidad debía ser entregada en parte por San Juan y en parte por San Miguel; todo ello siempre que el rey no exigiera la prestación de esos animales para sus expediciones militares (tít. 1).

Con el fin de procurar una distribución más equitativa de las cargas fiscales entre los vecinos no caballeros y de evitar también la presencia en tierras de la Orden de propietarios no productivos, se dispone que ni el clero ni los miembros de otras Ordenes que posean propiedades en Dos Barrios queden exentos del pago del pecho y de las demás prestaciones (tít. 2). Asimismo, como parece haberse hecho habitual en esta época, la Orden se compromete a no imponer nuevos servicios ni a exigir exacciones arbitrarias (tít. 3).

Todas estas disposiciones se encuadran perfectamente en la tendencia general observada en las mejoras al Fuero de Uclés estudiadas anteriormente¹⁵⁷. Por este motivo y por ser el propio comendador de Uclés cointergante de la confirmación del fuero, creo que puede considerarse el lugar de Dos Barrios como uno de los que se rigieron, al menos parcialmente, por el Fuero de Uclés.

3) *El fuero de Fuente el Saúco*

Este lugar, despoblado ya en tiempo de Felipe II por falta de agua potable, está situado en la ribera del Tajuña, en término de Val-

156. Véase antes, VI, 2.

157. *Ibid.*, 1-5.

daracete¹⁵⁸. El maestro de Santiago Sancho Fernández le concedió fuero el 8 de septiembre de 1194¹⁵⁹.

Se trata de un documento muy breve cuyo contenido se refiere exclusivamente a la percepción del pecho anual. Se fija éste en treinta cahíces de cereal «medium inde et medium inde», treinta fanegas del Barco y treinta cuartas de maravedí. Tal cantidad se concibe como invariable, fuera cual fuere el número de pobladores, pero si tenemos en cuenta que en Dos Barrios dos años antes cada vecino estaba obligado a pagar una cuarta de maravedí, podremos suponer que se calculaba en alrededor de treinta el número de familias a que daría sustento el lugar.

Por su carácter, el documento hace pensar en la existencia previa de pobladores en el momento de concesión del fuero. Es probable que éstos hubieran ido estableciéndose en Fuente el Saúco incluso con anterioridad a la fundación de la Orden, como se establecieron en los lugares vecinos de Estremera o Fuentidueña¹⁶⁰, mezclándose con el sustrato musulmán anterior. Aunque Fuente el Saúco no aparece entre las posesiones santiaguistas contenidas en la bula confirmatoria de Alejandro III de 1175, ni en la de Urbano III de 1187, es considerado tradicionalmente entre los lugares antiguos de la Orden de Santiago, y es probable que se poblara sin mediación de un documento escrito del monarca. Puede incluso pensarse que, si existió una donación real escrita del lugar, ésta no se hiciera en favor de la Orden de Santiago, sino de la diócesis de Toledo. Así lo sugiere el texto de la concordia firmada en 1214 entre ambas instituciones sobre los derechos de varias iglesias de la ribera del Tajuña entre las que se incluye la de Fuente el Saúco¹⁶¹.

158. C. VIÑAS y R. PAZ, *Relaciones histórico-geográfico-estadísticas de los pueblos de España hechas por iniciativa de Felipe II. Provincia de Madrid*. Madrid 1949, 630.

159. Sobre las ediciones del F. de Fuente el Saúco, véase antes nota 135.

160. J. GONZÁLEZ, *Repoblación de Castilla la Nueva* 216.

161. «ut dominus archiepiscopus et capitulum Toletanum approbent et confirment donacionem predictarum villarum per dominum Aldefonsum, regem Castelle et Toleti, factam Ordini Milicie Sancti Jacobi et conventui Uclensi, et abrenuncient omni juri quod in iam dictis villis habent vel habere videntur et dent magistro et conventui privilegium vel privilegia in quo vel in quibus continetur donacio predictarum villarum facta a domino Al-

Como se deduce de esta misma concordia, Fuente el Saúco, que en 1214 poseía iglesia capaz de producir rentas dignas de pleito, dependía directamente de Uclés, del comendador en lo temporal y del prior en lo relativo a jurisdicción eclesiástica. Ambas autoridades, prior y comendador, confirman el fuero de 1194. Parece, pues, lógico suponer que el Fuero de Uclés era el vigente en este territorio, si bien el documento que estudiamos no especifica nada al respecto. Bernabé de Chaves, tan buen conocedor de la documentación santiaguista, habla explícitamente de una concesión del Fuero de Uclés a Fuente el Saúco aludiendo al parecer al fuero de 1194; opinión que sigue Emilio Sáez¹⁶². No poseemos confirmaciones posteriores ni documentos de aplicación del derecho que permitan confirmar esta hipótesis.

4) *El fuero de Huélamo*

La villa de Huélamo está situada al noreste de Cuenca, a bastantes kilómetros de Uclés, al pie de los Montes Universales y en la ribera del Júcar, río que nace a legua y media de la villa. La población se asentó alrededor de un castillo que se yergue en una peña propicia para la defensa. En 1187 formaba parte de los dominios de la Orden de Santiago, pues está incluido en la confirmación por Urbano III de la bula fundacional de la Orden¹⁶³. Según tradición conservada por sus habitantes, su conquista precedió a la de Cuenca. En Huélamo se cobraban los derechos reales de los puertos secos de Cas-

defonso, qui cepit Toletum, et ab imperatore archiepiscopo et ecclesie Toletane» (en concordia de 6 de agosto de 1214, AHN, Uclés, carp. 326, núm. 4, pub. *Bullarium S. Iacobi*, 122-124). Véase también, luego, nota 163.

162. Si bien la signatura indicada por Chaves no coincide con la que actualmente tiene el fuero de Fuente el Saúco, la fecha completa y los otorgantes son los mismos. Dice Chaves: «Y también (caxón 16, núm. 3) a los de Fuente el Saúco se lo concedió (el fuero de Uclés) el maestre don Sancho Fernández, con voluntad y consentimiento del capítulo, por privilegio de 6 de los idus de septiembre de la era de 1232 y año de 1194» (*Apuntamiento legal*, 14r). La signatura actual es: Uclés, carp. 117, núm. 2. Véase E. SÁEZ, *Los fueros de Sepúlveda*, 184.

163. Pub. por J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 403-404, núm. 226; no aparece en la confirmatoria de la Orden de 1175 (*Ibid.*, 248-254, núm. 73).

tilla, circunstancia debida a su emplazamiento en la frontera de Aragón, a legua y media de uno de los mojones que en el siglo XVI delimitaban ambos reinos¹⁶⁴. Por el mismo motivo, perteneció en un principio a la diócesis de Santa María de Albarracín, de la que pasó a la de Cuenca. Huélamo fue posesión de gran interés para la Orden de Santiago en la Edad Media. Su situación en la Sierra le convirtió en lugar óptimo para la cría de ganado y subsiguiente producción de lana. En el siglo XIV, esta villa ocupaba un lugar en el comercio internacional de la lana, y en el Archivo Datini de Prato se conservan noticias sobre su posición en el itinerario de salida de lana castellana hacia el puerto de Valencia¹⁶⁵. En Huélamo existía en el siglo XIII un hospital de redención de cautivos sostenido por la Orden de Santiago; se conserva un documento datable hacia 1230 en que el señor de Molina, Gonzalo Pérez, exime de portazgos en Molina a las mercancías de este hospital mercedario¹⁶⁶, hospital que existía todavía en el siglo XVI. Esta villa perteneció a los santiaguistas hasta 1553, año en que el rey la vendió a don Diego de Zúñiga y Fonseca¹⁶⁷.

El documento original que contenía el fuero de Huélamo se ha extraviado en tiempos modernos, sin que se conserven tampoco copias del mismo. López Agurleta lo utilizó a principios del siglo XVIII y lo publicó incompleto en su *Bullarium*¹⁶⁸. También Juan Antonio Fernández lo vio a finales del siglo XVIII y lo regestó en su *Indice* de escrituras del Archivo de Uclés¹⁶⁹. Con la ayuda de estos dos textos se pueden reconstruir muy esquemáticamente los rasgos fundamentales del fuero de Huélamo.

Fue otorgado por el maestre Fernando González de Marañón y por el convento de Uclés en fecha incierta. Tenemos noticia de este personaje como maestre de Santiago entre 1206, fecha en que sucedió a

164. J. ZARCO CUEVAS, *Relaciones topográficas de los pueblos del Obispado de Cuenca, hechas por orden de Felipe II*, Cuenca 1927, II, 157-169.

165. Prato (Italia), Archivo Datini, tres cartas de Giovanni Iacopi (D, 633, 28.12.92).

166. Pub. por R. MENÉNDEZ PIDAL, *Documentos lingüísticos*, 338-339, número 251. Huélamo confinaba con Molina, según el fuero de ésta (J. SANCHO IZQUIERDO, *El fuero de Molina de Aragón*, 146).

167. Véase antes, nota 164.

168. *Bullarium S. Iacobi*, 285.

169. Vol. III, p. 727.

Suero Rodríguez, y 1210, en que cesó en sus funciones y fue sustituido por Pedro Arias¹⁷⁰. Baste, pues, saber que 1206-1210 son las fechas tope entre las que se sitúa la concesión del fuero de Huélamo¹⁷¹.

Es éste el documento más antiguo conservado en que se hace constar explícitamente la concesión del Fuero de Uclés como tal a otro lugar: «damos al concejo de Olamo e otorgamos que ayan el foro de Uclés». Esto indica que en Uclés se había consolidado ya un conjunto de normas jurídicas con personalidad propia que en este momento representaba el derecho peculiar de la Orden de Santiago. En el original del fuero de Huélamo muy probablemente no se copió —como se había hecho hacia 1182 para Estremera— el texto del Fuero Latino; se concede, por el contrario, el Fuero de Uclés íntegro, que se puede suponer incluía ya no sólo ese texto de 1179 sino también adiciones posteriores hoy perdidas y costumbres jurídicas que no llegaron a adoptar forma escrita pero que gozaban ya de difusión y de personalidad suficientes como para que el concejo de Huélamo, tan distante de Uclés, pudiera identificarlas como Fuero de Uclés. O incluso otro fuero escrito de Uclés que no ha llegado hasta nosotros.

Las normas que contiene el texto del fuero de Huélamo se refieren a necesidades peculiares de esta villa, a puntos en que se requería una diferenciación de las normas vigentes en el centro originario del derecho santiaguista castellano. En primer lugar, el pago del pecho —punto por otra parte no regulado en el Fuero Latino—, que para Huélamo se fija en medio maravedí anual por hogar: el doble de lo que pagaban en 1192 los vecinos de Dos Barrios, pero lo mismo que los de Ocaña en 1210 y los de Montealegre hacia 1217-1221¹⁷². En segundo lugar, el maestro cede al concejo algunos de los monopolios que solía reservarse la Orden: facultad de poseer hornos, uso libre

170. Así consta en la serie de maestros de Santiago publicada por J. LÓPEZ AGURLETA en apéndice al *Bullarium S. Iacobi*. Aporta noticias documentales que confirman estas fechas D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago*, 283; véase también C. GUTIÉRREZ DEL ARROYO, *Privilegios reales de la Orden de Santiago*, 31.

171. Las noticias conservadas sobre el fuero de Huélamo las publica E. SÁEZ, *Los fueros de Sepúlveda*, 186-187, núm. 8.

172. Sobre la edición del fuero de Dos Barrios, véase antes, nota 149. Sobre la concordia entre la Orden de Santiago y el concejo de Ocaña, nota 135. Sobre el fuero de Montealegre, luego, nota 177.

del río y de las salinas —exceptuada la posibilidad de vender el producto— y creación de una dehesa concejil.

5) El fuero de Montealegre

El lugar de Montealegre, tal vez llamado antiguamente Villa d'Orços, está situado en el término de Villatobas, al oeste de Santa Cruz de la Zarza. Estaba ya despoblado en el siglo XVI¹⁷³ y en el XVIII su territorio formaba uno de los más extensos despoblados españoles¹⁷⁴. Pocas noticias poseemos de su significado entre los dominios de la Orden de Santiago. La población existía ya en 1171, pues en el mes de septiembre se hallaba en ella Alfonso VIII al donar a los santiaguistas el castillo de Oreja¹⁷⁵. Debió pasar a poder de la Orden poco antes de la concesión del fuero, ya que éste tiene el carácter de una carta de población. A fines del siglo XIII era quizá todavía una población relativamente próspera, pues el maestre Pelay Pérez arrendó las rentas del pecho de Montealegre a sus almojarifes judíos al lado de las de Oreja, Villarrubia, Ocaña y el Corral de Almaguer¹⁷⁶.

El maestre Martín Peláez y el cabildo de freiles de Uclés otorgaran el fuero de Montealegre en fecha incierta pero que puede situarse entre 1217/18 y 1221¹⁷⁷. Se trata de un documento muy breve, y su

173. C. VIÑAS y R. PAZ, *Relaciones histórico-geográfico-estadísticas de los pueblos de España hechas por iniciativa de Felipe II. Reino de Toledo*, 3 vols., Madrid 1951 y 1963; vol. I, 513.

174. Según las *Respuestas Generales* para la *Unica Contribución* dadas al *Informe* mandado hacer por Floridablanca en 1765, su extensión era de 12.327 fanega de tierra (N. CABRILLANA, *Villages désertes en Espagne en Villages désertes et histoire économique (XIe-XVIIIe siècles)*, París 1965, 461-512).

175. Publican este documento, de 11 septiembre de 1171, Julio GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II, 275-276, y J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 220-221, doc 47. El documento se data «in Monte Alacri», sin especificar más.

176. Pub. D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago*, 273-275.

177. El *Bullarium S. Iacobi* da para el maestrazgo de Martín Peláez las fechas de 1217-1221, año en que perecería en una expedición militar. Documentalmente se conservan noticias de su ejercicio entre 1218 y 1221 (D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago*, 283; C. GUTIÉRREZ DEL ARROYO, *Privilegios reales de la Orden de Santiago*, 32, da las fechas 1217-1221). No se conserva el privilegio original; la copia más antigua —del siglo XIII, anterior a 1238—

concesión no se limita al lugar de Montealegre, sino que se hizo extensiva a la localidad cercana de Testillos, hoy también despoblada, situada en término de Santa Cruz de la Zarza. Algunos de los primeros pobladores de Testillos eran vecinos de Uclés en 1242, fecha en que vendieron parte de esa localidad a la Orden, parte que el propio concejo de Uclés les había dado a poblar ¹⁷⁸.

Son diecisiete los pobladores reconocidos por el fuero, y se fijan para Montealegre los límites del terreno ocupable entre el camino de Villatobas y Almaguer. Dispone el pago de medio maravedí anual por hogar en concepto de pecho, cantidad que exime a los vecinos de cualquier otra demanda exigida por la Orden, y a continuación les concede el Fuero de Uclés.

Tampoco en esta ocasión se copia el F. Latino ni ningún otro texto, ni se especifica qué era lo que se entendía por fuero de Uclés en aquel momento. Se limitan a reducir en un punto el estatuto de privilegio concedido a Uclés: el de las apelaciones por juicios cuya sentencia no fuera aceptada por las partes. Ya se ha indicado que, en Uclés, los vecinos podían recurrir al rey cuando estuvieran en litigio o la calloña ascendiera a cantidades superiores a diez maravedís. En Montealegre, como en Estremera, la primera instancia la decidiría el juez que se instituía en el lugar; la segunda, el comendador de Uclés, sin que quedara posibilidad de recurso a ninguna otra autoridad. Es probable que esta cláusula estuviera vigente en todos los lugares poblados a Fuero de Uclés, si bien no consta escrita en todos los textos. Se creaba con ella un círculo de derecho jerarquizado en que la administración de justicia, con los beneficios económicos y las garantías de sujeción de los súbditos que su ejercicio comportaba, concluía en la persona del señor temporal de categoría inmediatamente superior al comendador del lugar. Sobre los efectos concretos que este sistema produjo, no tenemos noticias para los siglos XII-XIV. Para estos lugares menores tampoco han quedado datos de la evolución de sus fueros.

está en el Tumbo menor de Castilla. El fuero de Montealegre lo han publicado B. DE CHAVES, *Apuntamiento legal*, 32v (con fecha de 1219 sin indicar razones) y E. SÁEZ, *Los fueros de Sepúlveda*, 187-188, núm. 9.

178. AHN, Uclés, carp. 338, núm. 19; lo he editado en *Colección diplomática de Uclés*, doc. 187.

6) *El fuero de Añador*

Este lugar, ya despoblado en el siglo XVI, estaba situado en el término de Villamayor de Santiago, cerca del río Cigüela, en cuya orilla había en el siglo XVI un molino y un puente denominados ambos Anador¹⁷⁹. Añador se dio a poblar con parte de dos lugares vecinos: Alcardete y Gúzquez; lugares que se despoblaron también durante la Edad Media. Alcardete fue abandonado probablemente a fines del siglo XIII, época en que la población se trasladó a un lugar vecino más sano que tomó el nombre de Villanueva del Cardete y que recibiría asimismo el Fuero de Uclés. Ambos lugares están situados al norte de Quintanar de la Orden; Gúzquez ha pasado a ser un monte de Villanueva del Cardete.

Consta documentalmente que Añador entró muy pronto a formar parte de los dominios de la Orden de Santiago. En 1178 Pelayo Calvo, tal vez un mozárabe toledano, entregó la mitad de esa propiedad al maestre Pedro Fernández en sufragio de su alma, acto en que participó directamente el comendador de Uclés Pedro Franco¹⁸⁰. Añador era entonces un castillo cuyas ruinas podían verse todavía en el siglo XVI desde Villanueva del Cardete y se conocían con el nombre de castillo Dañador¹⁸¹. No sabemos cuándo se adueñaron los santiaguistas de la otra mitad del castillo, que no se pobló hasta 1224, fecha de la concesión del fuero, si bien existía ya en ese momento un comendador de Añador probablemente encargado de la custodia del castillo¹⁸². Las poblaciones de Alcardete y Gúzquez debieron progresar con cierta rapidez, ya que el obispo de Cuenca, don Gonzalo, reclamaba a la Orden en 1241 ciertos derechos sobre los diezmos y caloñas de sus iglesias parroquiales, derechos que le disputaba el prior de Uclés, el cual ejercía sobre ellas la jurisdicción espiritual. Si bien no son raros en esta época y zona los casos de construcción de iglesias antes de que se estableciera la población, como un medio más de atraer a ésta y de ade-

179. Así consta en las *Relaciones histórico-geográficas Cuenca*, I, 310.

180. Pub. J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 273-274, núm. 93.

181. *Loc. cit.* nota 179.

182. Entre las suscripciones al fuero de Añador, aparece: «Es tiempo comendador en Annador don Diago González» (lín. 27). Ha publicado este documento E. SÁEZ, *Los fueros de Sepúlveda*, 188-190, núm. 10.

lantarse en la adquisición de futuros derechos, el hecho de que en este caso se hable ya de cobro de caloñas parece indicar que tanto en Alcardete como en Gúzquez, yermos en 1224, se habían establecido ya pobladores en 1241¹⁸³. En 1242 la Orden se desprendió de parte de sus propiedades en Gúzquez, que vendió a cinco vecinos de Uclés a cambio de la heredad de Testillos¹⁸⁴.

El fuero de Añador fue otorgado en septiembre de 1224 por el maestre Fernando Pérez y por el convento de Uclés¹⁸⁵. Se concede en él el Fuero de Uclés con las restricciones señoriales típicas: iglesias, hornos, tiendas, molinos y carnicerías quedan en poder de la Orden (tít. 6). Se crean las bases de la organización concejil —juez y alcaldes—, pero, como en Estremera y Montealegre, se limita el derecho de apelación a la autoridad del comendador de Uclés, prohibiéndose explícitamente la alzada al rey (tít. 5). Se exime de pecho a perpetuidad a los vecinos caballeros (tít. 9) y por cinco años a los restantes vecinos, fijando la cantidad a pagar a partir de ese plazo en medio maravedí y una fanega de trigo (tít. 7). A cambio de esta exención temporal se prohibió a los pobladores la compraventa de sus quiñones durante los cinco primeros años, prohibición que garantizaba la puesta en marcha de la explotación agrícola al fijar temporalmente al cultivador en el terruño (tít. 8). Otro precepto les exime de los servicios de serna y castellería fuera del lugar (tít. 10).

Dato interesante de este fuero —por otra parte típico del sistema repoblador santiaguista— es la creación de dos juderías, una en Gúzquez y otra en Alcardete, en el sector de la población que señalara la Orden (tít. 3).

7) *El fuero de Torre de Don Morant*

Este lugar —hoy Torrebuzeit—, situado cerca de Zafra, debe quizá su nombre al de su poblador cristiano, del que nada sabemos. Ignoramos cuándo pasó a formar parte de los dominios santiaguistas. Sabe-

183. Esta concordia de abril de 1241 la publica el *Bullarium S. Iacobi*, 116-117.

184. Doc. cit. en nota 178.

185. Se conserva copia del siglo XIII inserta en el Tumbo menor de Castilla y dos copias modernas sacadas del texto de este código. Véase su edición en nota 182.

mos tan sólo que ya lo poseían en 1223 —seis años antes de la concesión del fuero—, pues en esta fecha el maestre García González lo cedió en prestimonio vitalicio a los freiles Pedro Vidas y doña Mayor, su mujer, en agradecimiento por ciertas propiedades y dinero que éstos habían dado a la Orden¹⁸⁶. La cesión se hizo con aprobación del Capítulo General que se celebró el mismo año en San Marcos de León, y con la condición de que los tenentes del lugar pagaran al prior y clérigos del convento de Uclés la décima debida por estar la propiedad enclavada en la provincia santiaguista de Castilla. Torre de Don Morant viene caracterizada en este documento como *domum*, lo que parece indicar que no existía todavía un núcleo de población organizado sino que se trataba de una amplia extensión de terreno de cultivo dependiente de una casa de labor. Esto viene confirmado por el fuero, que es en realidad una carta de población¹⁸⁷.

Este fue otorgado en septiembre de 1229 por el maestre Pedro González y por el cabildo de Uclés a setenta pobladores, cifra que hace suponer que la extensión o la riqueza del terreno eran considerables. Como sucedía en los casos estudiados en apartados anteriores, la concesión del Fuero de Uclés viene limitada por las reservas señoriales típicas (o típicas tal vez de lo que era el derecho de Uclés en ese momento) y por la restricción de las posibilidades de apelación en los juicios. La Orden se reserva las iglesias, molinos, tiendas, mercado, carnicerías, herrenes, portazgo, hornos de tejas y de pan, caloñas, sernas, dehesa. Por tratarse de una zona vinícola, el comendador se reserva también el derecho a la venta sin competencia del vino durante el mes de julio. En cuanto a la administración de justicia, la cláusula es la ya conocida de limitar la apelación en segunda instancia al comendador de Uclés; en este caso se especifica la cantidad en litigio que hace posible tal apelación: diez mencales.

En cuanto al pecho, presenta este fuero la originalidad del pago conjunto, independientemente del número de vecinos, que no podrá ser inferior a setenta. Se fija su montante en cien maravedís anuales, a pagar la mitad por San Martín y la otra mitad por Pascua de Re-

186. AHN, Uclés, carp. 100, núm. 14; lo he editado en *Colección diplomática de Uclés*, doc. 96.

187. Ha publicado el fuero de Torre de Don Morant D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago*, 250-251.

surrección. La Orden consigue con este sistema un aumento considerable de la cantidad percibida, especialmente en el caso de que la población no prosperara con la rapidez prevista. Para garantizar el pago de ese pecho y evitar la amortización, la Orden prohibió la venta de quiñones a quien no poseyera la condición de vecino del lugar y obligó a sus pobladores a formar en Torre de Don Morant la morada familiar principal, lo que aseguraba el cumplimiento de las obligaciones de vecindad. Con el mismo fin, se modificó la cláusula del Fuero Latino de Uclés que permitía la venta libre de propiedad al vecino que la hubiera cultivado durante un año y un día: en Torre de Don Morant el comendador se reserva el derecho de dar a quien quisiere el quiñón del vecino que abandonara el lugar.

Escasas son, pues, las innovaciones que presenta este texto en la línea de expansión del derecho de Uclés. Parece, por el contrario, que con el tiempo se afirme una orientación legislativa precisa y tendente a la uniformidad. Orientación que, sin embargo, debió considerarse insuficiente o inadecuada en un momento determinado, ya que a partir de 1229 no se registra ninguna otra concesión del Fuero de Uclés hasta bien entrado el siglo XIV.

8) *El fuero de Chozas (después Villamayor de Santiago)*

Está situada esta villa al noreste de Quintanar de la Orden, al sur del río Cigüela, en La Mancha y antiguo Reino de Toledo. En 1328 el maestre Vasco Rodríguez le concedió categoría de villa y probablemente en ese momento cambió su nombre por el de Villamayor de Santiago¹⁸⁸.

El texto de su fuero se conserva en confirmación del infante don Enrique, dada en Ocaña el 10 de marzo de 1427¹⁸⁹. Le había sido concedido por el maestre García Fernández en el Capítulo General que se celebró en Mérida el día 1 de noviembre de 1321. Se trata de un texto muy breve, en que se da como motivo de la concesión el reiterado deseo de fomentar el crecimiento demográfico de la localidad. No sabemos cuándo fue fundada Chozas, pero al parecer prosperó más que

188. Proceden estos datos de las *Relaciones histórico-geográficas*. Cuenca, I, 307-316. El documento de concesión de categoría de villa lo cita también B. DE CHAVES, *Apuntamiento legal*, fol. 49r.

189. Lo ha publicado E. SÁEZ, *Los fueros de Sepúlveda*, 255, núm 38/5.

los antiguos pueblos santiaguistas de Añador y Gúzquez, que quedaron incluidos en su término y de los que probablemente absorbió parte de la población.¹⁹⁰

El fuero de 1321 otorga a Chozas la facultad de elegir anualmente juez y alcaldes, lo cual sugiere que hasta ese momento la organización concejil era muy primitiva o inexistente. Asimismo, que vivan y se administren según las normas del Fuero de Uclés, modificando únicamente de éste la consabida cláusula sobre alzadas. Se remiten éstas al comendador mayor y, en última instancia, al maestro. Presenta el dato interesante de no especificar cuál era en ese momento la encomienda mayor de Castilla, que hacia 1245 había pasado de Uclés a Segura de la Sierra¹⁹¹.

9) *El fuero de Villanueva del Cardete*

Se fundó esta villa por traslado de la población de Alcardete, durante el primer tercio del siglo XIV. El fuero fue otorgado por el maestro García Fernández, entre 1318 y 1327¹⁹².

Consta el fuero de seis cláusulas de carácter judicial y económico, y una en que se dispone la anexión de esta villa a la mesa maestra de Santiago. Entre las primeras, se dispone el nombramiento de juez y alcaldes entre los vecinos, se les otorga el Fuero de Uclés, especialmente en lo referido a la exención de culpabilidad del padre, cónyuge o hijo en delitos cometidos por otros miembros de la familia, y se limitan las alzadas al recurso a la autoridad del maestro. Entre las segundas, dispone la exención de portazgo para todos los vecinos en tierras de la Orden, la libertad de venta de cereal en tierras de la Orden mientras les durase «la franqueza que les ellos fizieron», y la exención de portazgo en las compras de cereal dentro o fuera del territorio santiaguista.

190. Podría tratarse de un traslado de estos lugares, fenómeno relativamente frecuente en La Mancha durante el siglo XIV a causa de la insalubridad del ambiente producida por una deficiente circulación de las aguas.

191. Véase antes, nota 48.

192. Se conserva, sin fecha, en confirmación del maestro Alfonso Méndez, hecha en Ocaña el 16 de agosto de 1328, incluida a su vez en una confirmación general de privilegios dada a Villanueva del Cardete por Felipe III en Morales, a 18 de febrero de 1601. Lo he editado en *Colección diplomática de Uclés*, doc. 244.

10) *El fuero de Fuentidueña*

Desconocemos la fecha de anexión de esta villa a la Orden de Santiago, pero su historia debió ser paralela a la de Estremera, con la que fue donada por Alfonso VIII al monasterio de San Vicente de Valencia en 1167¹⁹³. Fue población de gran interés para los santiaguistas, pues cerca de ella estaba ubicada una de las tres barcas autorizadas para el paso de mercancías por el curso alto del Tajo, con el subsiguiente derecho arancelario¹⁹⁴. Hacia 1230 y sirviéndose de este privilegio, la Orden empezó a crear en Fuentidueña un mercado que no consiguió prosperar, aniquilado por la diplomacia del arzobispo de Toledo, Jiménez de Rada, pocos años más tarde¹⁹⁵.

El fuero de Fuentidueña que conservamos fue otorgado en mayo de 1328 por el maestre de Santiago, Vasco Rodríguez¹⁹⁶. Se otorga a un concejo ya formado, que consta cuando menos de cuarenta y cinco hombres buenos, a los cuales se añaden siete al otorgarle el privilegio de 1328, ya que en él el maestre da cabida dentro de las murallas de Fuentidueña, es decir, en la villa, a un máximo de sesenta vecinos. Estos sesenta vecinos, que pasan a constituirse en villa y en concejo independientes, quedan obligados a prestar homenaje al maestre y a sus sucesores, a darles acogida en el castillo cuando acudiesen a Fuentidueña, a celebrar mercado en el arrabal semanalmente los jueves y a moler en las aceñas de la Orden. A cambio de ello, los santiaguistas ceden a los vecinos el castillo —que éstos se comprometerán a conservar en buen estado—, les eximen de pecho, de serna y de las acémilas que tenían

193. Lo han publicado J. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II, 162 y J.-L. MARTÍN, *Orígenes de la Orden de Santiago*, 203-205, núm. 33.

194. D. W. LOMAX, *La Orden de Santiago*, 145-146. El castillo de Alarilla lo había donado Alfonso VIII a la Orden de Santiago en 1172 (J. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, 284-286, núm. 168). Sobre la concesión de exclusividad de paso del Tajo por los puentes de Toledo, Alarilla y Zorita (1223), véase J. GONZÁLEZ, *Reinado y Diplomas de Fernando III*, 183-185.

195. D. W. LOMAX, *El arzobispo don Rodrigo*, 356; y *La Orden de Santiago*, 146.

196. Se conserva en confirmación hecha en el Cabildo General celebrado en Mérida el 10 de mayo de 1331; el fuero fue otorgado en Villarrubio el 19 de mayo de 1328 (AHN, Uclés, carp. 86, núm. 11). Lo he editado en *Colección Diplomática de Uclés*, doc. 245.

que llevar a la Sierra, y les autoriza a elegir anualmente dos alcaldes dentro del castillo. Estos alcaldes administrarían justicia a la puerta del castillo y su jurisdicción atañería tanto a los vecinos de la villa como a los del arrabal. En caso de alzadas, se remitirían éstas primero al comendador mayor de Castilla y, en instancia superior, al maestre de la Orden.

No hay en este privilegio mención expresa del Fuero de Uclés. La vigencia de éste en Fuentidueña viene manifestada por la confirmación que le fue dada de tal fuero en el Capítulo General de la Orden celebrado en Valladolid en 1523¹⁹⁷.

11) *El fuero de Puebla de Almuradiel*

El origen de esta puebla está en el vecino lugar de Almuradiel, donde existía un castillo que en 1227 pertenecía a la Orden de Santiago; en este año la Orden adquirió, a cambio de ciertas ventajas en el montazgo, la parte que poseía en Almuradiel el concejo de Uclés¹⁹⁸. A principios del siglo XIV, al cambiar las necesidades del repoblador manchego y ser sustituida la urgencia de la defensa por la de una vida en condiciones de salubridad más favorables, la población se trasladó a un lugar vecino que tomó el nombre de Puebla de Almuradiel¹⁹⁹.

El fuero le fue concedido en diciembre de 1331 por el maestre Vasco Rodríguez. No se conserva su texto, sino tan sólo una breve noticia de su contenido recogida por Chaves en el *Apuntamiento legal*²⁰⁰. Según ésta, el maestre le otorgó en él la categoría de villa, anulando su antigua dependencia del Corral de Almaguer, le dio el Fuero de Uclés y declaró a sus vecinos libres de pecho durante quince años, con la condición de que edificaran la villa y plantaran viñas.

197. Esta noticia procede de B. DE CHAVES, *Apuntamiento legal*, 84r-v: «Privilegios despachados en el Capítulo General de Valladolid del año 1523. Otro privilegio, confirmando á el Comun de Fuentidueña, el fuero de Uclés, que le estaba concedido à los otros tres Comunes de Uclès, La Mancha y Montiel». La concesión a Fuentidueña del Fuero de Uclés podría, por tanto, ser anterior o posterior a 1328.

198. Así consta en la carta de mejora del Fuero de Uclés, de 1227, analizada antes, VI, 1.

199. *Relaciones histórico-geográficas Cuenca*, I, 124.

200. Fol. 49r; pub. E. SÁEZ, *Los fueros de Sepúlveda*, 207-208, núm. 18.

VIII. CONCLUSIONES

Del análisis de los textos conocidos del Fuero de Uclés y de su cotejo con otras ordenaciones jurídicas puede concluirse en términos generales que la herencia legislativa de que se apropia la Orden de Santiago para dotar de estructura jurídica cristiana a los territorios que dominó en la frontera oriental del Tajo es parte integrante del derecho de la Extremadura castellana que se había desarrollado en la frontera cristiana del Duero a fines del siglo XI y principios del XII. En los territorios señoriales que hacia 1170 constituyen la nueva frontera de Castilla, se difunde un tipo de fuero que combina un modelo de «fuero óptimo» propio de tierra de señorío con otro propio de villa de realengo. El primero de estos modelos —el señorial— se ha transmitido como Fuero de Fresnillo; el segundo —el de realengo— como Fuero de Medinaceli. Es este tipo de fuero señorial mejorado el que el arzobispo de Toledo otorga en 1171 a Belinchón, el que la Orden de Santiago concede a Uclés en 1179, y el que la Orden de Calatrava da a Zorita de los Canes en 1180.

En el caso de Uclés, este modelo de fuero de frontera con precedentes en un «fuero óptimo» y en Medinaceli viene matizado por la concesión como derecho complementario del otorgado a Sepúlveda cuando fue poblada. Esta concesión del Fuero de Sepúlveda —que es peculiar de Uclés— plantea un problema de difícil solución ya que, si bien las coincidencias que se observan entre el Fuero de Uclés y el Fuero de Sepúlveda se refieren a la parte que la historiografía sobre el tema considera peculiar de Sepúlveda, tales coincidencias son lejanas y, por otra parte, no parece posible fijar la trayectoria de expansión del Fuero de Sepúlveda a través de Uclés antes de finales del siglo XIII.

De manera provisional, y pendiente un estudio de conjunto del derecho de la Extremadura castellana, puede situarse el Fuero de Uclés en un punto intermedio en el proceso de formación del derecho de la zona sur y este del Tajo, entre los fueros romanceados de Guadalajara, Madrid, Alfambra y Molina de Aragón, y el Fuero de Cuenca. Las coincidencias entre el Fuero de Uclés y el Fuero de Cuenca son notables, pero no de la envergadura de las que enlazan a este último con los de Alcaraz, Alcázar, Extenso de Zorita o Extenso Añadido de Sepúlveda.

El Fuero de Uclés recoge un tipo de derecho relativamente privilegiado, propio de zona de frontera, que insiste en la libertad municipal y en la protección jurídica y económica del poblador cristiano y, en menor medida, del musulmán. Se facilita la constitución del concejo, se reconoce la propiedad del poblador sobre casa y tierras, se establece la heredabilidad de las mismas y se fija la responsabilidad individual y no colectiva de la persona ante el delito; se regulan las relaciones con el señor en lo relativo a prestaciones económicas, militares y en forma de trabajo; se reconoce al musulmán converso en situación de dependencia el derecho de propiedad, y se garantiza la seguridad del moro libre que acudiera a residir en el territorio. Parte de estos privilegios, propios de la villa y alfoz de Uclés, son reducidos al otorgarse el Fuero de Uclés a lugares de repoblación santiaguista. Se acentúan en este caso los vínculos de dependencia señorial, vinculación manifestada en el incremento de las reservas y del control de la administración de justicia por parte del comendador mayor de Castilla y del maestro de la Orden.

MILAGROS RIVERA GARRETAS

APENDICES

1

CONCORDANCIAS ENTRE EL FUERO LATINO DE UCLES Y EL FUERO DE FRESNILLO

FUERO LATINO DE UCLES

1179

Ego magister P. Ferrandi, ex Milicie Sancti Iacobi, una cum fratribus meis et voluntate et iussu nostri regis Aldefonsi et uxoris eius Alienoris, facio paginam testamenti ad vos omnes habitantes in Ucles tam presentibus quam futuris de foro optimo propter amorem Dei, et sic dono vobis et confirmo tale foro.

1. In primis ut non habeatis manneria, nisi ut unos ad alios vos metipsos hereditetis usque ad VII^a generationes. Et qui ex vobis non habuerit filios aut propinquos sive gentes, ponant suos vicinos causam suam pro eius anima ubi corpus suum iacuerit vel ubi ei placuerit.

2. Et quando fuerit fonsato de rege cum castella atmonitionem, vadant de vobis tercia pars de militibus in fonsato. Pedones nullum fonsatum faciant.

4. De mancipis et de filiis seu tornadiciis, ipsas calumpnias que con-

FUERO DE FRESNILLO

1104

.. In ipsius ergo nomine et honore, ego comite domno Garsia Ordonez et una coniuge mea commetissa domina Urraca facimus pagina testamenti ad vos omnes populantes in civitate que vocitant Fresnello de foro bono et optimo propter timorem Dei et amorem et pro remedio animabus nostris. Sic donamus vobis talem foro.

1. In primis non abeatis manneria, nisi ut hereditetis vos unos ab alios usque ad VII generacione, et qui ex vobis non abuerit liberos aut propinquos sive gente, ponant suos vicinos causam suam pro anima eius ubi corpus suum iacuerit vel ubi ei meliorem placuerit.

2. Et quando fuerit fossato de rege, vadan de vobis tercia pars de illos cavalleros in fossato. Pedones vero nullum fossato non abeant. Et si illa tercia pars de cavalleros mencierit illo fossato, quomodo petent III. III. carneros valente unumquisque singulos solidos.

3. De illas calumpnias qui vobis contingerint, ut pectatis octavo de

tigerint et de livores, dompno de illas casas accipiat quantum pertingerit in suo quarto. Et homo qui habuerit homines in suo corrale et in suas casas aut foras, in sua comparatione vel in sua hereditate, homines qui ibi habitaverint non habeant aliud seniore nisi illum cuius domus et hereditate fuerit.

2

CONCORDANCIAS ENTRE EL FUERO LATINO DE UCLES (1179)
Y EL FUERO DE MEDINACELI (versión de Carcastillo)

FUERO LATINO DE UCLES

1179

3. Qui hominem occiderit de CCC solidos pectet octavum ad palacium.

6. De ganado de Ucles non prendan montadgo in nullas terras; et si hoc fecerint, dupplent illum. Et homines d'Ucles non pignorent illis extra suos terminos, nisi ganado de villa qui exierit in ipso die et ad villa et reverterit.

8. Et cavalleros de Ucles qui fuerint in guardia, primum erigant cavallos et plagas et postea quintent.

9. Et homines de aliis terris qui habuerint iudicium cum homines de Ucles et prius non demandarent

FUERO CARCASTILLO

1125

7a. Infanzones qui populaverint in Carocastello, sis maliarent eum suo vecino intret illum in manus, é si ise occiderint, octavo de omicidio pectet, XXX solidos é una medalla de dineros.

5. Et de ganatos de Carocastello non prendant montatico in nullas terras; é si hoc fecerint, duplent illut.

7. Et ad homines de Carocastello non pignorent illos extra suos terminos; é si hoc fecerint, pectent duos solidos á palacio, é illa pignora teta duplata.

9. Cabaleros qui fuerint in guarda, si cavallos si navargaren, aud piagas habuerit, emendet illos prius é postea si dent quinta.

8. Et homines de alteras terras qui habuerint juditios cum illos de Carocastello, é illi non demanda-

directo in suo concilio et super istud pignoraverint, pignora illa duplent et pectent C morabetinos ad regem.

10. Infançonos qui venerint ad Ucles populare tales calumpnias habeant de morte o de vita quomodo alios populatores. Infançones qui intrarent in termino de Ucles de los moiones adentro, tales foros habeant quomodo alios vicinos de Ucles.

11. Iudex aut merinos qui pignoraverint ad homines de Ucles dent illi fiadores pro alcaldibus aut rege. Et si noluerit accipere, tollant suo ganado vel sua pignora sine calumpnia.

13. Et concedo vobis vestras casas et vestras hereditates per semper. Et posadas non prendat scolano a forçia in casa de clerigo nec de cavallero. Et senior de villa non prendat nulla causa a forçia nisi comparada de suo.

14. Cavalleros de Ucles qui fuerint in fonsado cum suo seniore, dent una quinta.

15. Et homines de Ucles qui a parte de palatio fecerint culpa, pignoret eum et cum suo vicino per illam querimoniam^a.

16. Et homines de Ucles de I^o anno insuper, si aliqua causa super eo venerit, vendant suas casas et suas hereditates et vadant se ubi voluerint.

^a En recensión C, «pignoret eos iudex per illam querimoniam».

verint prius directo in suo concilio, è super istud pignoraverint, uplent ista pignora, é pecten duos solidos á palacio.

12. Iudeos qui venerint populare in Carocastello tales calumpnias habeant sicut alios populatores.

13. Judez, aut merino, qui pignoraverint ad homines de Carocastello, dent fidiatore cum testimonias per devant rege, é devant alcaldes, é secutant illa pignora, é non habeant ulla collonia.

15. Escolano non prengat posada abirto in casa de cavallero, in casa de pedon III noctes.

16. Et senior de la villa non prengat carne abirto nisi comprata.

18. Et cabailleros de Carocastello qui fuerint in fosado cum rege, vel cum suo seniore, dent una quinta.

19. Et homines de Carocastello qui culpa fecerint á palacio, pignoret suo ganato é non de su vecino; é si habuerit calumpnia det tres solidos é VII f. é I medalla.

20. Et homines de Carocastello de uno año in devant vendat sua casa é sua hereditate, é vadat ubi voluerit.

17. Et homines de Ucles qui tornadizos tornaverint, si habuerint filios, hereditent eos post mortem^b.

18. Et homines de Ucles qui demandaverint directo in alias terras et non fecerint illis et super istud pignoraverint, prendant in assadura XXX solidos.

20. Et ganado de alias terras qui in montes de Ucles steterint, dent montadgo, medio ad seniore et medio ad concilio, si ibi voluerint homines de Ucles ambulare ad capere.

^b En recensión C, «et si non habuerint filios, hereditent eos post mortem».

21. Et homes de Carocastello qui suo captivo tornaverit xristiano hereditet illo in vita é in morte: et ganado de Carocastellis qui pignoraverit illo de busto, aut de alderas, duplent illum, é pectent duos solidos.

22. Et homines de Carocastellis, qui demandaverint directum in alias terras, é illis non fecerint directo, é super istud pignoraverit in assadura, faccet XXX solidos.

24. Si homes de Carocaster scuderent ganado foras de suo termino, prengat de illo ganado lur medietate, et si in termino scuderit habeant la quinta parte.

CONCORDANCIAS ENTRE EL FUERO DE BELINCHON, EL FUERO LATINO
DE UCLES, EL FUERO ANTIGUO DE ZORITA DE LOS CANES Y EL FUERO
ROMANCEADO DE UCLES

FUERO DE BELINCHON •

FUERO LATINO DE UCLES

FUERO ANTIGUO DE ZORITA

1171

marzo 1179

8 abril 1180

*Versión de AHN, OO.MM.
Calatrava, carp. 421, n.º 56 R*

Versión de Miguel de Manuel

In nomine sancte et individue Trinitatis, Patris et Filii et Spiritus Sancti. Amen. Qui simul olim terram creavit et mirabiliter [hominem] ad imaginem suam plasmavit et misericorditer incarnatus, voluntarie crucem subiit et proprium cruorem fudit et ad inferos descendens, triumphator de oste a mortuis resurrexit et hominem quem hostis antiquus captivum tenebat, secum ab inferis traxit et in pristina gaudia reduxit, demumque celos ascendens a dextris Dei unde venturus est iudicare vivos et mortuos et seculum per ignem.

In ipsius quoque nomine et honore ego Cerebrunus, gratia Dei Yspanie primas, facio paginam testamenti ad vos, omnes habitantes in Belinchon tam

In nomine sancte et individue Trinitatis, Patris et Filii et Spiritus Sancti. Amen. Ego magister P. Ferrandi, ex Milicie Sancti Iacobi, una cum fratribus meis et voluntate et iussu nostri regis Aldefonsi et uxoris eius Alienoris, facio paginam testamenti ad vos omnes habitantes in Ucles tam presentibus quam futuris de foro obtimo propter amorem Dei, et sic dono vobis et confirmo tale foro.

In nomine sancte et individue Trinitatis, Patris et Filii et Spiritus Sancti. Amen. Qui [. . .] omnia olim creavit denique venturus [. . .] Petri de Syones, magister Calatrave, una cum voluntate conventus Calatrave facimus paginam testamenti vobis hominibus habitantibus in Ço-ita tam presentibus quam futuris / []

En el nombre de la santa, é no departida Trinidad del Padre, é del Fijo, é del Espíritu Santo amen. El qual crió en otro tiempo todas las cosas, é la por fin ha de venir á judgar los vivos é los muertos del siglo por fuego. Otrosí en el nombre é en la honra del mismo, yo don Alfonso por la gracia de Dios rey de Castiella, é de Toledo, é yo don Martin de Siones maestre de Calatrava de consuno con voluntad del convento de Calatrava, facemos carta de Testamento á vos los omes del conçejo é del término de Zorita, así á los presentes que sodes agora, como á los otros que serán despues, de fuero muy bueno por el amor de Dios, é por el remedio de las almas de nuestros padres, é de nuestras

fueros, é confirmamos vos los.

foro optimo propter amorem Dei et remedio animarum parentum meorum. Et sic vobis donó et confirmo tales foros.

1. In primis ut non habeatis manneriam nisi ut vos hereditetis unum ad alteros usque ad septimam generationem, et qui de vobis non habuerit filios aut propinquos sive gentes, ponant suos vicinos causam illius pro eius anima ubi corpus suum iacuerit vel ubi ei placuerit.

1. In primis ut non habeatis manneria, sed vos hereditetis unos ad alteros usque in septimam generationem. Et qui ex vobis non habuerit filios aut propinquos sive gentes, /⁹ [...] unum ad alteros usque in septimam generationem. Et qui ex vobis non habuerit filios aut propinquos sive gentes, /⁹ [...] unum ad alteros usque in septimam generationem, et el que de vos no oviere fijos ó parientes propincos, ó gentes, ponganles sus vecinos la razon del por su ánima en qual lugar el su cuerpo lasdra, ó en qual lugar á él ploquiere.

2. Et quando fuerit fonsado cum tota Castella admonitione vadant de vos tertia pars de valleros in illo fossado et pedones nullum fonsado faciant. Et si illa tertia pars de cavalleros mercierint illo fossado, pectent

2. [...] [fonsa]do de rege cum tota Castella admonitione, vadant de vobis tertia pars de cavalleros in illo fonsato. Set pedones nullum fonsatum faciant. Et si illa tertia pars / [...] [unus]quisque ex eis unum solidum.

* Para facilitar la lectura, he copiado como v la u intervocálica o inicial con valor de v.

tres tres solidos aut tres tres
karneros valentes unusquisque
ex eis uno solido.

3. Qui hominem occiderit de
CCCtos morabotinos octavum
pectet ad palatio.

4. De mancipiis et de vestris
filiis seu de tornaticiis ipsas ca-
lonias que contingerint sic de
omicidio quomodo et de alias
causas et livores, donno de casa
accipiat illo pertinente pecto,
id est, octavo. Et homine qui
habuerit homines in suo corrale
et in suas casas aut foras in
sua comparatione vel in sua
hereditate, illos homines qui in
suas casas habitaverint non ha-
beant alio seniore nisi illum
cuius domus et hereditate fue-
rit.

5. Del archiepiscopo aioso et
el rege uno seniore habeant et
uno merino.

*Versión de AHN, OO.MM.
Catalrava, carp. 421, n.º 56 R*

Versión de Miguel de Manuel

sueudos, ó tres carneros, así que
cada uno dellos vala un sueldo.

3. Qui matare hombre dé tre-
cientos sueudos pechen el ocha-
vo á Palacio.

4. De mancipiis et de vestris
filiis seu de tornaticiis, ipsas
calumpnias / [.] pertinebit, id
est octavum. Et homo qui ha-
buerit omes in suo corrale et
in suis casis aut foras, in sua
comparatione vel in sua heredi-
tate, dominet... eis /12 [].

5. [Sub] rege vel sub magis-
tro, unum seniore m solum et
unum merinum habeant in Çu-
rita

5. So el Rey, ó so el Maestro
un señor solo, ó un Merino ayan
los de Zorita é de su término.

6. De ganado de Belinchon non predat montadgo in nullas terras; et qui hoc fecerit, duplent illud. Homines de Belinchon non dent portadgo in nullas terras. Et homines de Belinchon non pignorent illas extra suos terminos ni ganado qui de villa exierit et in ipsa die ad villam tornaverit.

7. Nullus homo non pignoret ganado de clericis, non descavalget cavallero et non pignoret cavallo de sella nec bestia mular de sella. Et qui hoc fecerit, duplet illud et pectet in coto C morabetinos ad regem.

8. Et cavalleros de Belinchon qui fuerint in guardia, primo erigant cavallos et plagas et postea quintent illud. Et mauro qui dederint a captivo, de illo non dent quintam archiepiscopo.

37. Et homines de alias terras qui habuerint iudicium cum homines de Bellinchon et ante non demandaverint directo in suo concilio et per isto stud pignorave-

6. De ganado de Ucles non prendan montadgo in nullas terras; et si hoc fecerint, duplent rra. Nullus [...] non / [...].

7. Nemo pignoret ganatum de clerigo nec descavalget illo nec pignoret cavallo de [...] / [...].

8. [...] qui fuerint in guardia prius erigant cavallos et plagas et postea quintent. Et de mauro quem dederint captivo non dent quinto [...] / 15 [.J].

37. Et homines de alias terras qui habuerint iudicium cum homines de Ucles et prius non demandarent directo in suo concilio et super istud pignorave-

6. De los ganados mayores, e menores, é del término de Zorita non tomen montadgo, nin portanzas en alguna tierra. Ningun hombre no prende a los oms. de Zorita, sino en el término de Zorita. Qui prendare homines de Zorita non prende otros ganados sino aquellos en que aquel dia saldrán de Zorita, é se tornen a ella.

7. Nengun hombre non prende de los ganados de los Clérigos, nin descavalgue caballero de cavallo, nin prende caballo de siella, nin bestia ansilando de siella, é qui lo ficiere peche aquello doblado, é pague cien mrs. al Rey.

8. Los caballeros de Zorita que fueren en grada primera, é miente gobiernen sus caballos, é sanen las llagas, é después quintent aquello que ovieren dellos, et del moro que este diere . non den quinto al señor .

pignoraverint, duplent illa pignora et
noraverint, duplent illa pignora et
ra et pectent in coto C morabetinos
tinos ad archiepiscopum.

12. Infanzones qui ad Belinchon
venerint populare, tales ad Ucles
calonias habeant de morte aut de
vita quomodo alios populos.

13. Infanzones qui intrarent in
termino de Belinchon de adentro,
tales foros habeant ad intro tales
foros habeant quomodo alios vicinos
de Belinchon.

11. Qui hominem occiderit sine
desafidato pectet CCC morabetinos.

rint, pignora illa duplent et
pectent C morabetinos ad re-
gem.

10. Infanzones qui venerint ad
Ucles populare tales calumnias
habeant de morte o de vita quomodo
alios populos. Infanzones qui
intrarent in termino de U(c)les
de los moiones ad dentro, tales
foros habeant quomodo alios vicinos
de Ucles.

FUERO ROMANCEADO UCLES

31. De occisione hominis.— Totus
homo de Ucles qui homicidium
matarit, si non fuerit desafiado
di dominico a pregon flegado,
pectet quinientos morabetinos,
quarta pars ad gentes del mortuo
et alia quarta a concilio, alia
ad alcaldes, alia a palatio. Et si
desafidaret illo in concilio die
dominico a pregon flegado et
dixerit concilio coie suos directos
et noluerit, non sea desafidado
mais.

Version de AHN, OO.MM.
Calatrava, carp. 421, n.º 56 R

Version de Miguel de Manuel

10. In[...] / [...].

9. Los Infanzones. . á poblar á
Zorita tales caloñas ayan de muerte,
ó de vida, quales hán los otros
pobladores.

10 bis. Los Infanzones que... de
Zorita de dentro de los moiones
tales fueros ayan quales los otros
vecinos de Zorita.

9. [...] hominem non defidiado
pectet centum morabetinos in coto;
set si non habuerit unde det illos
centum morabetinos, abscondant
manum suam dexteram et exeat
inimicus.

10. Qui matar home non desafiá-
ndolo, pague cien mrs. en pena,
mas si non oviere onde pague
aquellos. cien mrs. taenle la su
mano diestra et salga enemigo.

14. Iudeos qui ad Belinchon venerint populare tale foro et tales calonias habeant quomodo alios populos christianos. Et qui de illo occiderit, octavo pectet.

15. Iudice aut merino qui pignoraverit ad homines de Belinchon donent illi fidiadore pro alcaldes aut per archiepiscopo; et si noluerit recipere, tollant suo ganado aut sua pignora sine calonia.

11. Iudex aut merinos qui pignoraverint ad homines de Ucles dent illi fiadores pro alcaldibus aut rege. Et si noluerint accipere, tollant suo ganado vel sua pignora sine calumpnia.

Et si aliquis homo mulierem prendiderit illa non querendo, pectet CCC morabetinos et octavo ad palacio et exeat hominero.

12. Et si aliquis homo mulierem prendiderit, illa non querendo sive parentes suos aut gentes suos nou querendo, pectet CCC solidos et exeat homicida. Et si illa voluerit, fiat hominero et deshereditata.

16. Et concedo vobis vestras casas et vestras hereditates per semper. Et non accipiant posadas a virto scolanos in chasa de clerico nec de cavallero.

17. Et senior de la villa non prendat nulla causa ad virto nisi comparada de suo habere.

13. Et concedo vobis vestras casas et vestras hereditates per semper. Et posadas non prendat scolano a forçia in casa de clerigo nec de cavallero. Et senior de villa non prendat nulla causa a forçia nisi comparada de suo.

ritam populare, tales foros et tales calumpnias habeant quales alii populos christiani; et qui eos occiderit non pectet nisi octavum homicidii.

12. Si el juez, ó el merino, hombre de concejo, ó del termino de Zorita prendare, é no lo quisiere llamar á juicio, ó á fuero, después el peindrado revielle el peno al Juez, ó al Merino sin caloña, é entinia desto predeles, é tomeles sus ganados, é otros peños sin caloña fasta que cobre su peno.

13. Si algun hombre arrobare alguna muger, é la levare por fuerza, ella, é sus parientes non queriendo, pague trecientos sueldos é salga ometida.

14. Et otorgo vos vuestras casas et las vuestras heredades para siempre iamas. Et el escuela no tome posadas en alguna casa, á fuerza, é sin rason, mas el juez dé posadas á la escuela, é en aquella posada que el juez dió á la escuela esté ay

*Versión de AHN, OO.MM.
Calatrava, carp. 421, n.º 56 R*

Versión de Miguel de Manuel

modo poset. Senior Çorite non fasta tercero día, é despues prendat aliquam causam a virto in Çorita.

del huesped, mas en casa de clérigo, ó de caballero, ó de viuda el juez no dé posada, é el escuela non pose en aquella en ninguna manera. El señor de Zorita no tome cosa ninguna en la villa é en el término de Zorita sin razon, é sin derecho.

18. Et cavalleros quifuerint in fonsado cum archiepiscopo aut cum suo seniore, una quinta dent.

14. Cavalleros de Ucles qui fuerint in fonsado cum suo seniore dent una quinta.

15. Cavalleros de Çorita qui fuerint in fossado cum rege [.] / [.] .

15. Los caballeros de Zorita que fueren en fonsado con el Rey, ó con el Señor non dén sino un quinto.

18 bis. Et homines de Bellinchon qui a parte de palacio fecerint culpa, suo ganado aut sua pignora pignorent et non de suo vicino.

15. Et homines de Ucles qui a parte de palatio fecerint culpa, pignorent eum et cum suo vicino per illam querimoniam*.

16. [...] sed pro eo non pignoret suum vicinum.

16. El señor de Zorita aquel faga pendrar que á la parte de palacio ficriere culpa, mas por él non faga pendrar á su vecino.

19. Et homines de Bellinchon de un anno insuper, si aliqua causa super illos venerit, vendant suas causas aut suas hereditates et pergant ubi se voluerint.

16. Et homines de Ucles de I.º anno insuper, si aliqua causa super eo venerit, vendant suas causas et suas hereditates et vadant se ubi voluerint.

17. Homines de Çorita de uno anno insuper, si voluerint vendant suas casas vel suas hereditates et ubicumque voluerint secure vadant / [..] .

17. Los omes del término de Zorita de un año adelante si quisieren vendan sus casas ó las sus heredades do quisieren seguramente vayan, é los que en tierras agenas quisieren morar, las heredades que ovieron en

20. Et homines de Bellinchon qui tornadizos tornaverint, si non habuerint filios, hereditent illos in morte.

17. Et homines de Ucles qui tornadizos tornaverint, si habuerint filios, hereditent eos post mortem^b.

21. Et homines de Belinchon qui demandaurint directo in alias terras et non fecerint illud et super istud pignoraverint, prendant in assadura XXX solidos.

18. Et homines de Ucles qui demandaverint directo in alias terras et non fecerint illis et super istud pignoraverint, prendant in assadura XXX solidos.

20 bis. Et homines de Bellinchon qui mauros genuos aduxerint et de sua voluntate venerint ad suas aldeas, sint securi.

19. Et homines de Ucles qui adduxerint mauros ienuos et de sua voluntate venerint ad Ucles vel ad suas aldeas, ipsis vivant securis.

do moran.

18. [...] suos tornaticios in morte nisi tornaticij filios habuerint.

18. Los hombres del término de Zorita hereden los bienes de los sus tornadijos en la muerte, si los tornadijos non ovieren hijos.

21. [...] terris et super istud pignoraverint, prendant in assadura triginta solidos.

21. Si los hombres de Zorita derecho, ó cumplimiento de derecho non pudieren haber aun en otras tierras, é los hombres de Zorita sobre esto prendaren, tomen en assadura treinta sueldos.

19. Si homines de Çurita mauros ienuos habuerint in suis domibus vel in aldeis, ipsi mauri secure serviant dominis suis.

19. Si los hombres de término de Zorita ovieren moros non bles cativos en las sus casas, ó en las aldeas, é estos mismos moros seguramente sirvan á sus señores.

20. / [...].

20. Los hombres de término de Zorita no dén portago en alguna tierra.

22. Et ganados de alteras terras qui montes de Bellinchon steterint, dent illo montadgo, medio ad archiepiscopo et medio ad concilio.

22. Ganado de alteris terris qui in montes de Çorita steterint dent medium montadgum / [...].

22. Los ganados de las otras tierras que esto dieren en los montes de Zorita dén medio montadgo al Señor, é medio al conceio.

^a En recensión C, «pignoret eos iudex per illam querimonia».

^b En recensión C, «et si non habuerint filios, hereditent eos post mortem».

dent montadgo, medio ad seniore et medio ad concilio, si ibi voluerint homines de Ucles ambulare ad capere.

23. Et homines de Bellinchon qui fuerint populare in antea habeant suas casas et suas hereditates. Et illos qui remanserint, habeant suo medianedo cum illo ubi pacto finierint.

21. Et homines de Ucles qui fuerint antea populare, habeant suas casas et suas hereditates faciendo suo directo in Ucles sicuti vicino. Et qui remanserint, habeant medianedo cum illis ubi disperserint terram.

26. Et mauro qui fuerit alcaiad aut tenerit castello, dent illum ad archiepiscopum. Cavalleros aut pedones qui aduxerint talem maurum prendant de illo C mizcales et postea dent archiepiscopo.

22. Et homines de Ucles, si prendiderint moro alcaiat aut qui teneat castello, dent illum ad regem. Cavalleros vel peones qui adduxerint tale mauro prendant de illo C morabetinos; postea dent ad regem.

27. Pedones qui fuerint in guardia, pro quinto dent septimo. Non dent quinta nin de ganado nin vino et mauro et mauro et de aliud non dent quinta.

23. Peones qui fuerint in guardia, pro quinto dent septimo; et non dent quinta de nulla ropa que sit tallada vel co-sida; et de ferramenta non dent nisi fuerint armas, neque de convivio, nisi fuerit requa capta; set dent de bestias et de gana-

23. [] prendant de illo centum menkales; postea dent illum seniori.

23. Los moros de Zorita que aduxiere tal moro que sea Alcaiat ó Señor del castiello, tomen de aquel cient mentales, é después denlo al Señor.

24. Pedones qui fuerint in guardia pro quinto dent octavo. Homines de Çorita non dent quinto nisi de mauro et [...] / [].

24. Los peones que fueren en guarda por quinto den ochavo. Los hombres de Zorita no den quinto sino de moro, ó de mora, é de ganados.

25 bis. Et non prendant decimas d'alia causa nisi de pane et vino et de agnis sua tertia, et non intretis in particione sed habeatis beneficia per in secula.

28. Vicino de Bellinchon non sit portero neque merino.

30. Nulus homo non det homicidium por bestiam que occiderit hominem aut per parietem aut per casa aut si fuerit mortuus in aqua aut in silo aut in puteo aut in fonte aut si ab arbore fuerit occisus. Per istas totas aut fuerint similes istas, non miles istas non dent homicidium.

31. Qui occiderit hominem et non pro sua voluntate fuerit occisus sed est in persquisa et non pectet homicidium et non sit homiziero.

25.

25. El vecino de Zorita no sea portero ni merino.

26. [...] hominem occiderit aut per parietem aut per casam aut si fuerit mortuus in aqua aut in silo aut in puteo vel in fonte aut in aliquo ligno; per istas tres aut per alias [...] non det homicidium.

26. No sea ninguno homiada por bestia que matare hombre, ó por pared, ó por casa, ó si fuere muerto en agua, ó en silo, ó en pozo, ó en fuente, o en algún madero; por estas cosas, ó por otras semeiables á estas, non den nin paguen ningun omeciello. Qui matare hombre no de su voluntad, sea fecha pesquisa, é non sea omecida, nin pague omeciello.

25. Et vestros medianedos: de Talavera a Toledo, in Madrid; de Avila a Pedraza, medianedo in Alfariella; de Sepulveda a Aellon, de Fita a Talamanca, medianedo in Almoguera; de Caracena a Cesaraugusta, medianedo in Opte; de Opte medianedo in Alcaraz^c.

^c En recensión C, «Alcaçar».

38. De duos annos ariba, qui iugo de boves habuerit, det I mizkalem ad archiepiscopum et qui unum bovem medio mizkalem et qui boves non habuerit non pectet.

39. Alia fazendera non facient.

34. Et senior de la villa non sedeat cum alcaldes in die verneris, et si ibi sederit, non iudicent alcaldes; et si iudicaverint, pectent la petitione. Et in illoſ alcaldes sedeant iudice et merino.

35. Et homine qui adduxerit ad Bellinchon panem aut vinum ad vender, non pectet portadgo.

33. Et homines de Bellinchon qui ad archiepiscopum voluerint ire contra christianos, habeant moion in Toleto et in Madrid in Buitrago et quomodo la sierra tenet et a Medina et a Mo-

26. Nullus populator de Ucles nulla fazendera faciat usque ad capud anni.

27. Et senior de villa non sedeat cum alcaldes in die verneris. Et si sederit, non iudicent; et si iudicaverint, pectent illa petitione; et in illos alcaldes sedeat iudex.

28. Homines de Ucles qui ad regem habuerint ire ad iudicium contra christianos, habeant moion in Toledo et in Madrid et quomodo taia la sierra usque in Atienza et a Medina. Et

Versión de AHN, OO.MM. Calatrava, carp. 421, n.º 56 R

Versión de Miguel de Manuel

35. Homines de Çorita non faciant postam nec fazenderam nisi duos mencales quos dabunt [...].

35. Los hombres de Zorita non fagan postura, nin facendera de algun tributo algun ome sino dos mencales, que darán al Señor, é una arroba de mosto que dará aquel que ovriere una aranzada de viña.

27. Homo qui adduxerit panem a vender ad Çoritam non det portadgum.

27. Todo hombre que traxiere pan a vender a la villa, ó al término de Zorita, no de portadgo nin tributo ninguno.

29. Et super hoc quod scriptum est concedo vobis toto illo foro que fuit datum a Sepulveda in tempore qua populata fuit, foras iactada arrova et almudes in die de mercado et alcavara de carniceros, quia istas III causas se prendidit rex ad profectum senior de villa.

FUERO ROMANCEADO UCLES

29. Iudez et alcaldes et saion mutant eos ad caput anni.

204. *De los aportellados, como se camien cada un anno.*—

25. Et vos ipsos homines de Bellinchon ponatis vestro iudice et vestro saione per foro et vestros alcaldes similiter.

Et placet al senior et al concilio que todos los aportellados ques' camient cada anno. Et la collation que lo non quisiere camiar, pectet X morabetinos.

24. Et homines de Bellinchon habeant suas salinas si amodo invenerint, et sua vena de ferro aut qualiscumque fuerit et intra suos terminos invenerint sit illorum.

32. Et de suos terminos la Cabezagorda inter Bellinchon et Tarancon, Antesloviesses, Villaescusa quemodo las aguas vier-

28. Senior ville mittat iudicem et alcaldes de vicinis ville et non de aliis hominibus / [. .].

28. El Señor de la villa ponga juez e alcaldes de los vecinos de la Villa, ó del término, é non de otros hombres é... sean en el iudgado, ó en el alcaldía quanto el señor de la Villa ploguiere.

*Versión de AHN, OO.MM.
Calatrava, carp. 421, n.º 56 R*

Versión de Miguel de Manuel

ten de faz a Bellinchon al vado d'Almunia et Taio aiuso a la Robda, a las Cabezas d'Almager et a la Cabezagorda de Tarancon, ubi antea fincamus moion contra sarrazenos quantum poterint conquerire.

36. Et ad vos, homines de Bellinchon, eo quod statis in fronta paganorum, do vobis et concedo vestrum castellum ut habeatis eum per hereditatem ut possitis vos defendere a paganis et nullum hominem sine vestra iussione et vestra voluntate in illo non colligatis.

40. Et tale foros habeant iueros et macebos et ganado d'archiepiscopo quale el concilio de Bellinchon.

68. *Qui pennos emperare al iuez e a los alcaldes o al andador.*—Totus homo qui revellare pennos al andador que embiaret el iuez a pendrar quomodo es

29. [..].. quinque menkales, et qui revellaverit pignus iudicet decem menkales, et qui revellaverit pignus iudicet sexaginta menkales.

29. Qualquiere que revellare peño al andador, peche cinco mentales, é el que revellare peño al Juez peche diez menta-

pectet v mencai. Et qui revellaret pignus ad iudex pectet X mencales. Et qui revellare penos a los alcaldes pectet XXX mencales.

70. *Quien penos emparare al iuez con los alcaldes.*—Totus homo qui revellaret pignos vel ampararet ubi fuerint illos alcaldes cum iudice illo ad hominem pendrar aut per enderecar nuestra villa, pectet LX mencales.

90. *Qui sine mandamiento adduxerit pignora de alia terra.*—Totus homo qui aliquid adduxerit de alia terra sine mandamiento de iudice aut de alcaldes et probatum fuerit ei, inforzent eum. Et si aliquid furaverit in villa inforzent eum similiter.

110. *Qui pendra adduxerit.*—Qui sine mandade alcaldes adduxerit pignora de alia terra et non demonstraret eam a los alcaldes, pectet illo quomodo latrone.

177. *Qui fuere pendrar a casa de suo vicino.*—Omnis homo qui fuerit pignorare a vadat iudex ad illam domum et

30. Tot omne qui pignoraverit foras de villa sine man—/ [...] pectet decem morabetinos.

30. Todo hombre que pendrare fuera de la Villa sin mandado del Juez é de los Alcaldes pague cinco mrs., é doble aquella pendra que tomare é pague diez mrs.

31. Si in aliqua domo revelaverint pignus alicui querelloso, revellare peño algun querelloso vaya el Juez aquella casa, é de

pendra pague diez mrs.

*Versión de AHN, OO.MM.
Calatrava, carp. 421, n.º 56 R*

Versión de Miguel de Manuel

casa de vicino et donno de casa aut de sua mulier noluerit uço de la casa auto de callero aperire, vadat el querelloso per iudicem quomodo per pignos revellados. Et si iudici noluerint aperire, desquicet eum sine calupnia.

det pignus querelloso pro una quarta et pro sua querella, et iudex prendat pignus [] / [.]. et el Juez tome peño por una quarta del que ploguiere.

107. *Alcaldes que iudgarent.*— Et placet concilio que los alcaldes que el iudicio iudicaverint, ipsos (in)terrogent propter ipso iudicio. Et del iudicio que fuerit de X morabetinos arriba, del vernes iactet se al rey.

32. [] placuerit iuditium quod commendator iudicaverit, si vult vadat se ad regem, si vult vadat ad magistrum Calatrave.

32. El juicio que judgaran los Alcaldes recíbalo, mas aquel á quien no plugiere vaya al Comendador mayor, é aquel aqui non plugiere el juicio que el Comendador iudgare, si quiere vaya al Rey, si quiere vaya al maestre de Calatrava.

96. *De cavalleros que moran in villa*—Toto cavallero que in villa moraret et casa populata tenerit cum mulier et filios et cavallo de sela tenerit sine albarda et que lanca azulada et scuto et espada et espolas haberit, siat escusado de pecto.

33. Qui habuerit cavallum de sella et armas de fust non faciat ullo pecto.

33. Qui toviere caballo de sella, é armas de fuste, non pague tributo nenguno.

32. *De calonnas partir.*—De todas calonnas que venerint ad

34. / [] quarta part de las caldes las caloñas sino los cinco

ba quarta pars a los alcaldes et caldes et iudex et quartam que-
quarta pars al querelloso et rellosus.
quarta pars a concilio et quarta
pars a palatio. Et de X mora-
betinos aiuso non prenda el sen-
nor, et de X prenda nisi sint
illas que debent esse del quere-
lloso, illas abiectas.

é del ochavo, é de la fuerza. La
quarta parte de las caloñas
tome el Señor, é la quarta parte
el conceio, é quarta los Alcal-
des é el Juez, é la quarta el
querelloso.

36. [.] / [...] concilio et con-
cilium serviat seniori.

36. Todas las Aldeas del tér-
mino de Zorita sirvan al con-
ceio, é el conceio sirva al Señor.

151. *De calonna de morabeti-
no et de V solidos.*—Calumpnia
de morabetino, de III menca-
les seiat; et calumpnia de V so-
lidos, II mencales e medio.

37. Morabetini de calumpniis
sint de tribus menkalibus et
sea de tres mentales é medio.

37. El mrs. de las caloñas
sea de tres mentales é medio.

38. Omnes furni de villa et de
aldeis sint senioris. Omnes pre-
se et omnes açude sint concilii,
nisi illa / [] .

38. Todos los fornos de la
Villa é del término sean del Se-
ñor. Todas las presas, é todas
las azudas sean del conceio, sino
aquellas de Bolarque. é de la
Pangia, é de la Puente. é de Ca-
vaniellas, que son del Señor.

39. [] / [] ecclesie de sua
collatione [] ecclesie et cle-
rici, aliam medietatem habeat
ecclesia de aldea.

39. Todo hombre que en las
aldeas de Zorita morare dé la
meitad de diezmo á la iglesia
de su collación, é aquella mei-
tad partan por medio la iglesia
e los clérigos, é la otra meitad
aya la iglesia de la Aldea.

8 abril 1180

Versión de AHN, OO.MM.
Calatrava, carp. 421, n.º 56 R

Versión de Miguel de Manuel

1. *Qui firiere homine.*—Totus homo qui firieret cum petra vel cum fuste vel cum qual arma sea, in villa aut foras de villa, pectet XXX* morabetinos, una pars al querelloso, alia pars a los alcaldes et a concilio et alia a palatio.

40. Omne qui ferire de [...] de [...].

40. Ombre que firiere con cu-chiello, con lanza, con espada pague treinta mrs. si ficiere livores.

41. [...] / [...] poblado pectet sexaginta mencales si non pouterit salvare con quatuor de collation de conomnados salvo se cum duos.

41. Ombre que diere salto en carrera en yermo, ó de noche en poblado pague sesenta mentales, sino pudiere salvarse con quatro de la collación conombrados, sálvese con dos.

7. *Qui ad alium encerraverit.* Totus homo qui ad altero encerraret in sua casa con armas vedadas et dixiere *ferid* o *firiere*, pectet CCC solidos. Et si los saccare per forca pectet VIIIHcientos solidos.

42. Qui conclusiere omne en sua casa vel in alia a força [].

42. Quien cerrare hombre en su casa, ó en casa aiena por fuerza é iniustamente desonrándolo, si pudiere probarlo con tres vecinos, é fijos de vecinos, pague sesenta mentales á cada uno de aquellos que ay encerraren.

1. *Qui firiere homine.*—Totus homo qui firieret cum petra vel cum fuste vel cum qual arma

43. [...] / [...] de petra o de palo o de pugno en la cara et

43. Qui firiere con piedra, ó con palo, ó con puño en la cara, fecierit livores pectet triginta e ficiere livores pague treinta mrs. á si non ficiere livores na.

pars al querelloso, alia pars a morabetinos, por el corpo si el cuerpo si non ficere livores los alcaldes et a concilio et alia non fecerit livores unum morabetinum / [...] de corpo pectet trescentos solidos de qual moneda corriere.

46. *Qui vierbo malo dissiere a baron.*—Totus homo qui verbo malo dixerit: *fodido in culo* o *cornudo* o *gafo*, per istos III verbos qui los dixerit pectet II morabetinos si testimonias dederit; et si non, iuret cum uno vicino et paget se pro illo.

44. Nullo homine que dixerere verbo vedado pectet duos monedas corriere.

44. Hombre que dixiere palabra vedada pague dos mrs.

47. *Quien vierbo malo dixiere a mugier.*—Totus homo qui mulier aliena maridada o vidua o escossa dixerit: *puta* o *rocina* pectet II morabetinos al querelloso et ad alcaldes et iuret que non lo sabet in illa.

45. Qui dixiere a muller *puta* o *rocina* o nomine / [.].

45. Qui dixiere á la mala muger puta, ó nombre vedado, si non pudiere firmar que ella es tal, pague dos ms.

46. [...] muller aliena pectet trescentos solidos, exeat inimicus.

46. Qui metiere muger agena con fuerza por razón de deshonrarla de íuso de sí, pague trecientos sueldos.

47. Qui tomare a otro a cabellos ol' iactare en terra pectet X

47. Qui tomare á otro de los cabellos con amas manos, pa-

*Versión de AHN, OO.MM.
Calatrava, carp. 421, n.º 56 R*

morabetinos. Qui ferire a otro el otro [...] / [...].

Versión de Miguel de Manuel

gue diez mentales. Et qui tomare á otro de los cabellos con una mano, pague cinco mentales.

3. *Qui primer firiere.*—Totus homo qui de primo firieret o messaret pectet X morabetinos.

3a. Totus homo qui bando invenerit et firieret o mellaret pectet X morabetinos.

48. Qui venerit en bando o dixiere *ferir* o *ferire* pectet sexaginta menkales.

48. Qui viniere en vando, ó dixiere *ferir*, ó *firiere*, pague sesenta mentales.

120. *Iudex et alcaldes iudicent per ista carta.*—Istos notros alcaldes iudicent per ista carta, assi los iudicios que sunt scriptos, assi los que non potuerunt scribere secundum lur arbitrium iudicent iudicium rectum et finiat iudicium. Et [si] istum scriptum non attenderint concilium et alcaldes, sedeant fide mentitos et periuratos.

49. Nullo homo de Çorita qui viniere a iudicio aya suo iudicio a foro de la villa. [...] / [...] iurar non reptet. D'estas calonias la quarta parte del rencurioso, la quarta de Palatio, la quarta parte de [conceio], la quarta parte de alcaldes.

49. Todo hombre de Zorita, ó de su término, que viniere á juicio, aya su juicio á fuero de la Villa. Aquel que dixiere buenos testigos ove, aprovechenle ante de la jura, despues, si quisiere acusar aquellos testigos, acuselos; si el vocero quisiere jurar, no los acuse. Destas caloñas la quarta parte sea del querrelloso, la quarta parte de Palacio, la quarta parte del Concejo, la quarta parte del Juez, é de los Alcaldes.

Fuero de Zorita. Confirmación de
6 mayo 1218

92. *Qual non deve escontar iuvero.*—Et vicino qui in alde

1. Otrosí qualquier que en la Villa quiera casa á la teniere

morare non escontet iuvero. Et totus homo qui habuerit iugo de boes non esconte.

190. *De cavalleros.*—Hoc vidit comendator per bonum cum bonos homines de concilio et cum fratribus: de illis cavalleros qui cavallos habuerint que valant XII morabetinos et morarent in villa omni anno, ut sint escusados de toda pecta. Et istos cavalleros teneant lança et esculo et espada et II espuelas, et teneant illos cavallos a ceveda et non iactent super illo albarda. Et ad alios qui vident comendator et alcaldes que debent cavallos avere, faciant eis emere. Et qui in aldeia voluerit morar, pectet cum aliis vicinis. Et illo cavallero que sic non tenerit cavallo et armas sicuti mandat ista carta, pectet I morabetino si firmarent ei que sic non facit.

poblada, sea exento de qualquiera tributo, así que en ninguna razon pag... en los muros de la vuestra Villa, é en los muros é en las torres del nuestro término, empero el caballero que tovriere caballo en su casa en la Villa, ó en el término que vala veinte mrs., ó dende arriba, no pague en los muros, ni en las torres, nin en otras razones para siempre jamás. E por ende mando que todos los caballeros é los clérigos de Zorita que en el cuerpo de la Villa esto vieren, que escusen todos sus iuveros, é sus pastores, é sus ortelanos, é aquellos que comen el su pan, et aquellos que á los sus mandamientos obedecen.

EL FUERO LATINO DE UCLES Y EL FUERO DE SEPULVEDA

FUERO LATINO DE UCLES

1. In primis ut non habeatis man-
neria, nisi ut unos ad alios vos me-
tipsos hereditetis usque ad VII^a ge-
nerationes. Et qui ex vobis non ha-
buerit filios aut propinquos sive
gentes, ponant suos vicinos causam
suam pro eius anima ubi corpus
suum iacuerit vel ubi ei placuerit.

3. Qui hominem occiderit de CCC
solidos pectet octavum ad palatium.

13. Et concedo vobis vestras ca-
sas et vestras hereditates per sem-
per. Et posadas non prendat scola-
no a forçia in casa de clerigo nec de
cavallero. Et senior de villa non
prendat nulla causa a forçia nisi
comparada de suo.

6. De ganado de Ucles non pren-
dant montadgo in nullas terras; et
si hoc fecerint, duplent illud. Et ho-
mines de Ucles non pignorent illos
extra suos terminos, nisi ganado qui
exierit ipso die et ad villa et rever-
terit.

10. Infançonos qui venerint ad
Ucles populare tales calumpnias ha-
beant de morte o de vita quomodo
alios populatores. Infançones qui
intrarent in termino de Ucles de
los moiones adentro, tales foros ha-

FUERO LATINO DE SEPULVEDA

28. Nullus homo qui in Sepulve-
ga habitaverit non habeat manneria,
et si non habuerit gentes hereditent
eum conceio et faciant inde hele-
mosina pro sua anima.

10. Et si aliquis homo de Sepul-
vega occiderit hominem de aliqua
parte de Castella, la octava parte
pectet.

34. Et quando venerit rex ad civi-
tatem non habeant forçia in domos
suas per posadas accipere, nisi vo-
luntates suas ad colligendum eos.

FUERO EXTENSO PECULIAR

11a. Otrrossí, vezino de Sepúlvega
non dé montadgo en ningún logar
aquende Taio.

10. *De los pobladores que vinie-
ren a poblar Sepúlvega, que todos
ayan un fuero.*—Si algunos ricos om-
nes, condes o podestades, cavalleros
o infançones, de mio regno o d'otro,
vinieren poblar a Sepúlvega, tales

beant quomodo alios vicinos de Ucles.

11. Iudex aut merinos qui pignorerint ad homines de Ucles dent illi fiadores pro alcaldibus aut rege. Et si noluerint accipere, tollant suo ganado vel sua pignora sine calumpnia.

17. Et homines de Ucles qui tornadizos tornaverint, si habuerint filios, hereditent eos post mortem.

20. Et ganado de alias terras qui in montes de Ucles steterint, dent montadgo, medio ad seniore et medio ad concilio, si ibi voluerint homines de Ucles ambulare ad capere.

calonnas ayan quales los otros pobladores, de muerte e de vida.

18. *De cómo deve prender el iuez.*—El iuez deve prender por calonnas que alguno fiziere contra omnes de Palatio, et por calonnas otrossí que omnes de Palatio fizieren contra omnes de la villa. Maguer si algún vezino pendrare el iuez por querella de Palatio, e el vezino diere fiador a fuero de Sepúlvega, e el iuez non lo quisiere recibir, tuélganle los pennos sin calonna ninguna.

248. *Del que enguare moro.*—Otrossí, el christiano que moro o mora enguare et fijos non ovieren, el sennor herede todos sus bienes.

6. *De los ganados que entraren en término de Sepúlvega, cómo se deven montar.*—Otrossí, por fazer bien e merçet al conçeio de Sepúlvega, damos e otorgámosles que ayan los montadgos de los ganados que entraren por sus términos, que van a los extremos, que tomen de cada mano de las oveias cinco carneros, quier a entradas, o quier a las sallidas. Otrossí, de las vacas que tomen tres vacas, e de las yeguas, de cada cabeça medio moravedí. Otrossí, de la manada de los puercos, que tomen ende cinco puercos; e este montadgo pártanlo los que tovieren roçines de quantía de XX moravedís, e non aya y parte ningún menestral, maguer tenga roçín. Et si oveias, o vacas, o yeguas, o otros ganados entraren a paçer en término de Sepúlvega, e trasnochando y, mando al conçeio que los quiten, e sáquenlos de su término sin calona ninguna.

24. Nullus homo non det homicidium per bestia qui occiderit hominem aut per parietem aut per casa, aut si mortuus in aqua, aut in silo, aut in puteum vel in fonte, aut de aliquo ligno. Per istas totas aut per alias que fuerint similes istas, non dent homicidium, nisi fuerit occisus per manu hominis.

58a. Otrossí, todo omne que paret o casa matare, o qual bestia quiere quel mate, o en agua muriere, non desafien por él, nin pechen omne-zilio.

LA RESERVA HEREDITARIA EN EL DERECHO NAVARRO DE LA EDAD MODERNA*

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La Baja Edad Media. Documentos en lengua occitana.—3. La Edad Moderna: a) Reserva de los hijos legítimos. b) Concurrencia de hijos de varios matrimonios. c) Desheredación de los hijos. d) Reserva de los hijos naturales.—4. Conclusión.

1. INTRODUCCION

La reserva hereditaria del Derecho navarro —aunque no exclusivamente de éste— ha venido siendo estudiada en una serie de artículos¹, que guardan entre sí una evidente continuidad. Para centrar el que ahora se publica, es necesario exponer, muy brevemente, el camino seguido en la investigación de este tema y sintetizar las aportaciones que se han podido ofrecer.

Como es bien sabido, en el Derecho navarro existe actualmente una libertad de testar prácticamente absoluta, ya que basta dejar a cualquiera de los herederos forzosos la llamada «legítima foral» —que consiste en cinco sueldos «febles o carlines» por muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles— para que se entienda desheredado de todos los bienes que por

* Comunicación presentada a las Journées Internationales d'Histoire du Droit, Valladolid, 1 a 3 de junio de 1981.

1. Cfr. mis trabajos: *La filiation légitime, facteur de limitation de la capacité de disposer à cause de mort dans la Castille et le León du Haut Moyen Age*, Annales Université des Sciences Sociales de Toulouse 26 (1976) 471-485; *La desheredación por cinco sueldos en el Derecho altomedieval de Aragón y Navarra*, "Anuario de Derecho Foral" II (Pamplona 1976-77) 65-77; *Las causas de desheredación en el Derecho altomedieval de Aragón y Navarra*, Mélanges offerts à Jean Dauvillier (Toulouse 1979) 1-14; *La réserve héréditaire dans le Droit navarrais du Bas Moyen Age*, Annales du Midi 94 (Toulouse enero-marzo 1982) 91-102.

sucesión directa pudieran corresponderle. Así pues, hoy día esta institución en la legítima foral carece de contenido económico, pero su significación jurídica no es otra que dejar constancia de la voluntad de desheredar al que se instituye en dicha cuota.

Claro está que a esta regulación no se ha llegado de un modo brusco, sino como producto de una larguísima evolución que comienza a finales del siglo XII y que parece quedar bastante clarificada mediante los trabajos reseñados.

Estudiando conjuntamente el Derecho navarro y el aragonés de la Alta Edad Media, tanto en los textos como en los documentos de aplicación, se aprecia claramente que los hijos no pueden ser desheredados por los padres, sino por justas causas. Pero si tal cosa se entiende con respecto de los hijos legítimos, los textos autorizan a apartar a los hijos naturales de la herencia paterna, compensándoles con bienes muebles o dinero; pero no como una cuota, sino como una gratificación concedida en vida o por testamento, que impide al hijo natural reclamar con eficacia una parte de los bienes de sus progenitores.

Peor es la situación de los hijos adulterinos o sacrílegos, que no tienen derecho a recibir nada. Pero si los textos conceden eficacia a las donaciones efectuadas en su favor por misericordia, es precisamente porque ésta debía ser práctica frecuente. La cantidad de dinero no es siempre de cinco sueldos; hay bastante variedad en la cuantía del dinero atribuido.

Ante esta situación, parecía lógico establecer, en el mismo ámbito geográfico, las causas en cuya virtud podía ser desheredado el hijo legítimo. Aparte de las derivadas del matrimonio contraído sin consentimiento paterno, o del consentimiento en el rapto, se mencionan las siguientes: injurias y malos tratos, obligar a los padres a prestar juramento, yacer con la madrastra, no prestar a los padres el socorro debido y la pérdida de los bienes paternos por culpa del hijo. Estos motivos autorizan la desheredación, no la imponen, e incluso es posible el perdón.

Se acometió seguidamente la tarea de establecer la reserva hereditaria en el Derecho navarro bajomedieval con base a los documentos de aplicación y a los dos textos extensos: el Fuero General y el Fuero Reducido: oficial el primero, privado el segundo.

Todavía aquí se siguen considerando los hijos legítimos como

herederos forzosos. Sin embargo, ya existe la posibilidad de mejorar. Incluso se establece el uso —reflejado en los documentos que se redactan en lengua occitana —de instituir a los hijos en una cuota legítima consistente en bienes muebles e inmuebles. De esta manera se van configurando más como legitimarios que como herederos.

Igualmente son legitimarios los hijos naturales, los cuales en ciertos supuestos pueden llegar a ser herederos. Los hijos adulterinos y sacrílegos no son ni siquiera reservatarios.

En este trabajo, los documentos en lengua occitana aportaron los datos más interesantes. Forman parte de una colección aún no publicada en su totalidad², por lo cual no pudo ofrecerse documentación posterior al siglo XIII. Ahora se ha querido continuar esta tarea, con los documentos posteriores a esta fecha, y los textos de la Edad Moderna sobre todo. Para la búsqueda documental, se ha podido consultar la segunda serie no publicada. También ha parecido interesante comparar el Derecho navarro peninsular con el también navarro pero ultrapirenaico³. Es interesante esta comparación, ya que el Derecho de ultrapuertos siendo semejante al peninsular, ha recibido influencias extrañas, que le dan singularidad propia.

2. LA BAJA EDAD MEDIA. DOCUMENTOS EN LENGUA OCCITANA

En este apartado se examinarán los documentos correspondientes al siglo XIV. El resultado de la búsqueda ha sido bastante decepcionante, ya que de entre más de doscientos documentos que

2. S. GARCÍA LARRAGUETA, *Documentos navarros en lengua occitana*, Anuario de Derecho Foral II (Pamplona 1976-77) 395-729. Esta serie comprende los números 1 a 204. La segunda serie comprende todo el siglo XIV, y se halla en publicación. Tengo que agradecer a su autor, así como a mi querido amigo Juan García-Granero, las facilidades que me han dado para la consulta de esta segunda parte.

3. Los datos relativos a esta región se han obtenido de la obra *Les Fors et Costumas deu Royaume de Navarre deca-ports* (Pau 1681). De este curioso libro se hizo una edición facsímil por el Consejo de Estudios de Derecho Navarro (Pamplona 1968). Se cita por *F. Cost.*

componen esta segunda serie, tan sólo hay ocho testamentos ⁴, y de entre ellos, sólo tres reúnen interés para el objeto de este trabajo. Por cuanto atañe al siglo XIII y a los cuerpos legales FGN y F. Red., ya fueron examinados en otro lugar, por lo que no es del caso citarlos aquí.

Estos testamentos reciben el nombre de «cartas de devisa», «destin», o simplemente «testament». Tienen una estructura bastante uniforme: primero, disponen el pago de las deudas del testador. Luego, se describen las mandas pías y legados, por este orden, y por último, institución de heredero en su caso, y nombramiento de ejecutores testamentarios.

Con respecto a la reserva hereditaria, un testamento de 1328 aparece otorgado con el consentimiento de la única hija de la testadora, precisamente para evitar pleitos futuros entre aquélla y los demás parientes. Luego de ordenar el pago de deudas, mandas pías y legados, la testadora deja a su hija todos los bienes remanentes, tanto muebles como inmuebles. Ha de resaltarse que junto a esta fórmula —dejar por heredero de todos los bienes muebles e inmuebles— se contiene una descripción de bienes muebles, en los que se instituye a la hija por heredera ⁵.

4. En esta segunda serie, los testamentos son los números 220, 246, 262, 266, 267, 282, 291 y 411. Oscilan entre los años 1328 y 1348. El último es del siglo XIV, como los otros, pero sin fecha determinable.

5. GARCÍA LARRAGUETA, *Docs. navarros en lengua occitana*, núm. 220 (1328 junio 24): "... carta de la devisa et destin, donatius, layssas et mandaments que fazi dona Sancha Petriz Bertelin ... sent en sa enffermetat en la sua malaudia, sent en sa bona memoria et en son bon acordament ... de mandar, de ordenar et de partir todas las suas cosas e bens, con voluntat et atorgament de Marineta sa filla, per que apres son trespasament d'est segle al altre hyra nin discordia nin contenda non puesca naystre nin levarse entre la devant dita Marineta sa filla et sons parentz, et amix sobre las suas cosas e bens. Primerament manifesta las deutas que ela devia... Et aquo pagat et complit en tot et per tot de coma sobrescript es, la devant dita dona Sancha Petriz Bertelin en esta sua devyssa et destin manda que tot lo sobreplus de totz sons bens mobles et heredamentz soma de roba de lana, de lin, et d'estopa, con pluma et senz pluma, et tota ostillamenta de ferr et de fust et de tot altre metal, et totz altres bens mobles, heredamentz que a ela pertaynissen per calssevol manera et razon, traytz los sobreditz mandamentz, que sien de Marineta sa filla, per far todas sas proprias voluntatz...

Por una parte, como es normal en estos documentos, la institución de heredero es en bienes muebles e inmuebles, señalando incluso bienes concretos de cada clase. Pero esa redundancia en la descripción de los muebles no obedece a otra cosa que a una inmadurez jurídica, ya que no han captado una transmisión universal del patrimonio los notarios que los redactan. Por eso se hace precisa una descripción, por otra parte no tan larga como suele ser en documentos altomedievales de toda la geografía peninsular.

En 1344 se otorga un testamento de hermandad⁶ en el que se instituye una capellanía, quedando además una serie de bienes para el supérstite, pero no en propiedad, sino en usufructo, pues a su muerte pasan a la Cofradía de San Fermín de Pamplona. En realidad, se trata de una sustitución fideicomisaria. Lo curioso de este testamento es que, no habiendo al parecer hijos de este matrimonio, se alude a ellos, al decir que el testamento se otorga por los cónyuges de común acuerdo, para evitar pleitos entre «nostres creatures». Lo más probable es que se trate de una mención puramente formularia, que no refleja una situación real.

Por último, un documento sin fecha, y además muy mutilado⁷, se ajusta bastante al patrón de estos testamentos cuando se trata de una herencia a dividir entre varios hijos. El testamento se otorga por el padre con consentimiento de la esposa, para evitar querrelas entre los hijos denominados aquí «mes enfantz».

6. GARCÍA LARRAGUETA, *Docs. navarros en lengua occitana*, núm. 282 (1344 agosto 15): "... nos don Iiohan Crozat cambiador filz de don Pascal Crozat qui fo, et de dona Juliana Poillan sa muyller, vezins de Pampalona, per la gracia de Deus cada un en son bon sen, et en sa bona memoria et acordament, ordenam et fam esta nostra devisa et testament ab plazereria, voluntat et aytorgament l'un de l'altre, per al que apres les dies de nos ni de algun de nos, non se puyssa maure debat, ni contenda entre nostres creatures. Empero, es assaber que aquel qui de nos dos sobrara l'un al'altre de vida, estes sobredites vinnes affrontades de part de sus, et la dita hereditat que comprada sera con les dites caranta libras, tenga, ministria, espleytia, receba les fruits, restes et espaytz de les en tota sa vida, et que tenga et mantenga la dita capelania et la dita lampa de oli et la dita torcha de cera, et les vint soltz dels capelans confrayres de la dita confraria, cascun en tota sa vida en la forma et manera sobredita".

7. GARCÍA LARRAGUETA, *Docs. navarros en lengua occitana*, núm. 411 (s. XIV): "... esta es carta de devisa de <blanco> broter, filtz de don

A uno de ellos se le deja una imprecisable cantidad de sanchetes «per tot aver de payre», y por inmuebles, los que constituyen la «fealdat» de la madre. Es decir, que hay una institución en muebles e inmuebles. En el presente caso, los muebles se sustituyen por dinero. A la otra hija del testador se le otorgan cien sueldos de sanchetes, y una taza de plata por muebles. Por inmuebles, una casa de la que se excluyen los enseres u «hostillas», que se conceden a la esposa del testador.

Al pie del testamento, como ocurre en el primero de los citados, se suele consignar la aceptación del heredero, garantizando con *ferme* no pedir a los ejecutores testamentarios más de lo que en el testamento se le atribuye⁸.

3. LA EDAD MODERNA

Son muy pocas las disposiciones referentes al tema que se contienen en la Recopilación de Navarra ya que si se legisla en esta materia, no es sino porque parece necesario cambiar, adaptar o explicar la legislación del Fuero General. Solamente se citarán estas leyes, así como los preceptos del Derecho de ultrapuertos, agrupando por temas las normas de ambas zonas geográficas.

Garcia de Marquelayn qui fo, para en pares mes dies, ab atorgament et consentiment de dona Ma <blanco> bon sent et en ma bona memoria, et en mon bon acordament, plazer et voluntat mia es de hordenar, de layssar et de partir les nostres <blanco> ni contenda no se puyssa maure entre mes enfantz et que la mia anima puyssa a la eglesia per durable anar amen. ... Et altresí mandei et layssey en aquesta mia devisa et testament a <blanco> de sanchetz per moble per tot aver de payre. Et per hereditat des huey para a prop la fealdat de la dita dona M <blanco> ... altresí mandey et layssey en aquesta mia devisa a Hisabeleta ma filla una taça d'argent et cent soltz de sanchetz <blanco> des huey aqueilla altra casa que nos avem en la broteria del dit borc, trayt la hostilla de la dita casa, que sia de la dita dona <blanco> ... mandey et layssey en aquesta mia devisa et testament als ditz Johannet et Hisabeleta mes enfantz la mitad de <blanco>...”

8. *Doc. cit. nota 5, (i.f.)*: “... et la devant dita Marineta meti ferme Pascal de Palmas, vezin de Pont la Reyna, que mas non demande devysa a's devant dits cabeçals”.

a) *Reserva de los hijos legítimos*

En la Novísima Recopilación de Navarra⁹ se contiene una ley de 1580 en virtud de la cual los bienes que constituyen las arras de la mujer son de libre disposición, tengan o no tengan hijos. No creo, sin embargo, que, en el primer supuesto haya de pensarse que la mujer pueda disponer de sus arras ignorando los derechos de sus hijos, si no a la dote sí al menos a la legítima. Lo que parece deducirse de la redacción de la ley es que efectivamente la mujer puede disponer por testamento de sus arras. Pero tendrá que respetar los derechos de sus hijos a la herencia materna¹⁰.

Fuera de este supuesto, los hijos aparecen como herederos forzosos, al menos cuando existen ciertos bienes, o se dan en la familia circunstancias que examinaremos en cada caso.

Por una ley de 1576¹¹ —de cuyo ámbito se excluye a los labradores— se determina que los padres pueden distribuir por partes desiguales los bienes que hubiesen recibido al casarse, ya de sus padres, ya de otras personas. Se habían originado pleitos innumerables puesto que, al acudir a la elaboración doctrinal —la opinión de los doctores— era imposible hallar un criterio uniforme. Esta ley es muy importante, por los datos que aporta en su segunda parte.

9. Realizada por Joaquín de ELIZONDO en 1735. Se ha utilizado la edición de la Biblioteca de Derecho Foral (Pamplona 1964).

10. *Nov. Rec.* III,11,1: "Que las mugeres puedan disponer de sus arras, aunque mueran sin hijos, y sobrevivan sus maridos.—Acerca de las Arras, que se mandan á las mugeres al tiempo que se casan, suele haver duda, si muriendo ellas sin hijos, antes que sus maridos, y sobreviviendo ellos, pueden, y han de tener facultad las mugeres de poder disponer de sus Arras. Y porque las Arras tienen el mismo privilegio, y parece que son proprio Matrimonio de las mugeres, y es justo que sean favorecidas en esto. Suplicámos á vuestra Magestad ordene, y mande por Ley, que de aquí adelante las mugeres puedan disponer de sus Arras, aunque mueran sus hijos antes que sus maridos, sobreviviendo ellos, &c.

"A lo qual respondemos, que se haga como el Reino lo pide".

11. *Nov. Rec.* III,7,4: "Que en las donaciones, y contratos donde están llamados los hijos de aquel Matrimonio, subcedan por desiguales partes á vo'untad de los Padres.—Atento, que en los contratos matrimoniales muchas veces se suele capitular, que las criaturas de aquel Matrimonio hereden los bienes de los contrahentes, que los donantes hacen

En primer lugar, establece que se puede apartar de la sucesión a los hijos solamente con atribuirles la legítima, distribuyendo desigualmente —mejorando— los bienes recibidos «ratione matrimonii». El hijo legítimo se considera como legitimario, que tiene derecho a recibir una cuota real, pero que no debe ser necesaria-

donación á los hijos, ó deudos, que se desposan, y á las criaturas de aquel Matrimonio. Por lo qual se suele dudar si las tales criaturas han de heredar los bienes por iguales partes, aunque los Padres dispongan otra cosa. Y si los Padres tienen poder de llamar á las criaturas á la sucesión de los tales bienes por desiguales partes. Y sobre ello há havido, é hai muchos pleitos, y se han declarado sentencias diferentes, por la variedad de las opiniones de los Doctores, que hai en este caso. Y para que cesen los dichos pleitos, suplicámos á vuestra Magestad mande assentar por Ley, que los Padres en tal caso tengan facultad de llamar á las criaturas á la sucession de los dichos bienes por desiguales partes, como les pareciere, y dexar los bienes á uno de ellos, y excluir á los otros con su legítima: pues verosimilmente se cree ser ésta la intención de los contratantes. Y que esto no se entienda entre los Labradores, y pecheros, y se observe, y guarde de aqui adelante, aun en cosas acaecidas donde no huviere litispendencia.”

“Visto el sobredicho capitulo, por contemplacion de los dichos tres Estados, ordenámos, y mandámos, que se haga como el Reino lo pide, si los donadores no dispusieren otra cosa en contrario, declarando su voluntad. Y mandámos, que los Escrivanos adviertan á los tales donadores, que declaren su voluntad cerca de lo susodicho, y dén fé del advertimiento en la escritura, so pena de privación de oficio.”

La ley siguiente, III,7,5, de 1580, extiende lo anterior a todas las disposiciones “inter vivos” o “mortis causa”:

“Los llamados en donaciones, y en otras disposiciones subcedan por desiguales partes.—Por la Ley 11. del primer quaderno de las Cortes de Pamplona del año de 1576, está ordenado, y mandado, que los llamados en donaciones hechas en favor de Matrimonio subcedan por iguales partes á voluntad de los Padres, y donatarios. Y la misma razon milita otras qualesquiera disposiciones de ultimas voluntades, ó inter vivos, donde estuvieren llamados, ó substituidos los hijos de alguna persona colectivamente. Suplicamos á V. Magestad, mande interpretando la dicha Ley, ó como mas convenga, que aquella se estienda á qualesquiera disposiciones de ultimas voluntades, ó de contratos hechos inter vivos, porque no haya duda sobre esto. Y que comprehenda, y se entienda en los casos sucedidos despues de la dicha Ley: pues la intención, y razón de ella fué para lo mismo.”

“Visto el sobredicho capitulo, por contemplacion de los dichos tres Estados, ordenamos, y mandamos, que se haga como el Reino lo pide.”

mente heredero. Es decir, que a partir de este momento, la diferencia entre heredero y legitimario aparece recogida con una gran claridad.

Además, la prohibición de proceder «tali modo» por parte de los pecheros y labradores también es significativa. Téngase en cuenta la fecha de la ley: 1576. Considerando además que si se prohíbe algo es porque suelen darse actos contrarios a esa norma prohibitiva, podremos detectar un uso generalizado en favor de un reparto desigual de los bienes entre los hijos, concediendo a unos la legítima, y a otros más bienes o mejoras. Esta hipótesis parece verificarse a juzgar por otras normas posteriores, que se citarán en su momento. No debe olvidarse que en Navarra existe la costumbre contra ley, que resultará vencedora de la prohibición que en esta norma se establece.

En el Derecho ultrapirenaico se hallan preceptos bastante expresivos que configuran a su vez la reserva de los hijos legítimos. Existe la división entre bienes de abolorio o propios —«bees de papoatge et avitins»— y bienes adquiridos —«bees acquisitz»—, que son tratados de manera diferente, cuidando la conservación de éstos en favor de los herederos, a los que pertenecen en principio¹².

Hay una desigualdad a efectos sucesorios entre el hijo primogénito y los segundones. Aquél resulta beneficiado precisamente por ser el mayor mientras que los demás no tienen derecho más que a recibir la dote que los padres quieran concederles.

En efecto, los padres señalarán a los hijos partes legítimas con cargo a los bienes adquiridos y, en lo que éstos no resultaren suficientes, con los de abolorio. Esta atribución será honesta y moderada, suficiente para hacer frente a las cargas de sus casas y bienes¹³, pero no se señala cuantía concreta. Ahora bien, si estos

12. *F. Cost.* XXIV,18: "Et affin que lès beês de Papoadge sien conservatz aux hereteês, los Pays & Mays proprietaris deûsditz beês en maridan losditz hereteès, affecteran & vincleran aquetz: senhs aucunna reserve en favoè deusditz maridatz & de lor posteritat legitime, saus à en viar inxi que cy-dessus es dict."

13. "Los Pays & Mays apparceleran lors enfans dé sors beês acquisitz, & en deffailhence ou insuffisence dequetz, bailheran ou suppliran deus Avitins & de Papoadge honestement & moderadament, haben esgoard à las charges & support de lors maisons & beês."

hijos segundones han sido dotados por los padres al casarse, no podrán pedir nada de los bienes de abolorio cuando se abra la sucesión, ya que quedan destinados al primogénito ¹⁴.

Dicho de otra manera: sea en vida del padre con ocasión del matrimonio de los hijos, sea por testamento, los padres señalarán legítimas moderadas y suficientes a los hijos segundones. Si no se han gastado los bienes adquiridos, normalmente el hijo no recibirá nada de los bienes de abolorio. La única posibilidad que tiene de recibir su legítima con bienes de este tipo es precisamente que no alcancen los adquiridos para cumplir el fin al que legalmente van destinados.

Puede ocurrir que los padres hayan fallecido sin señalar cuotas a los hijos segundones. Entonces, el primogénito no puede mezclarse en su determinación, sino que son los cuatro parientes más próximos, y un quinto si hay discordia quienes la efectúan con las mismas limitaciones que los padres ¹⁵. Pero si el hijo primogénito no quiere entregar a sus hermanos sus partes respectivas, o los parientes no se reúnen para señalarlas, los restantes hijos pueden acudir al juez. Este, en su primera audiencia expedirá mandamiento para que se lleve a efecto la atribución de cuotas en el plazo máximo de diez días ¹⁶.

Mientras viven los padres, los hijos —salvo en el supuesto del

14. *F. Cost.* XXVII,7: "Mes si losditz Filhs & Filhas despuxs los primogenitz nascutz son maridatz, & son esftaz Dotatz per losditz Pays & Mays, aquetz no poiran demandâ augunna parcelle ny supliment de legitime, deus beês Avitins & de Papoadge."

15. *F. Cost.* XXVII,8: "Et si los Pays & las Mays, per Testament ou autrement, no han apparcelat losditz enfans nascutz despux los primogenitz hereteês, aquets seran apparcelatz per quoate plus proches parens, & en caâs de l'òr discord en prendran vn cinquiesme, & procediran moderadement haben esgoard à las charges & support de las maisons & beês."

16. *F. Cost.* XXVII,9: "Et en caâs de refus & differiment de l'hereteê primogenit de balhar laditta parcela ausditz enfans despux luy nascutz, & dilagemêt deusditz proches parens de proccedir audit apparcelament & estimation, losditz enfans se retireran à Justicy, & l'ò Judge competent en la prumere Cort autreyera & fera expedir mandament ausditz plus proches parens de proceder sens detz jorns precisement audit apparcellament."

En los artículos 10 a 13 de esta rúbrica se regulan los supuestos de

matrimonio— no habrán recibido bienes paternos. Es posible incluso que se hayan casado y tengan hijos que a su vez se casen, en todos los casos con el debido consentimiento de los padres. Estos últimos hijos —de los «señores jóvenes»— tienen una doble alternativa si se abre la sucesión de cualquiera de sus progenitores. O bien concurren con el supérstite por representación, o bien recibirán la mitad de la mitad respectiva que reciba el supérstite, si no quieren venir a participación cuando muere uno de sus progenitores¹⁷.

Además de las cuotas legítimas, los padres pueden conceder mejoras, tanto a los hijos legítimos como a los naturales, pero solamente con los bienes adquiridos, y siempre que no excedan de la mitad del total de esos bienes. Si no llegasen a hacerlo, serán alimentados por los herederos, si tienen medios para ello, hasta que cumplan dieciséis años, o hasta que puedan ganarse la vida¹⁸.

La importancia de este texto es capital, no ya porque admite la mejora, sino porque establece claramente la distinción entre legitimario y heredero. Este es sucesor a título universal, mientras que el otro es una persona que no ha recibido más que lo que la ley le atribuye. No ha de entenderse aquí que gratificación y legítima sean cosas distintas, puesto que no tendría sentido cargar sobre los herederos la manutención de los hijos que ya hubiesen recibido su legítima. Y hago notar que en este texto se habla de herederos en plural, cosa que no va muy acorde con lo que en

desobediencia al mandato judicial, o desacuerdo entre los hijos segundones o incluso en primogénito, y los parientes que han de señalar las partes respectivas.

17. *F. Cost.* XXIV, 14: "Si los Senhors juens han d'enfans legitimez qui los deben succedir & heretá, & se maridin de l'òr consentiment, poiran venir à partilhe ab l'orsditz Pay & May, ou lô survivent en la qualitat que dessus; Et si volen demorá à part, haberan la mieytat de quere mieytat que sons pay & may haberan agut per lor partadge: Et pareilhament lor autres enfans qui hereteran successivament de degré en degré."

18. *F. Cost.* XXVII, 14: "Los Pays & Mays poyran avantadgear lors enfans naturels & legitims ainxi que l'òr plaira deus beês per l'òr solets acquisitz, probedit que lodit don no excedexque la meytat de lasdittas acquisitions, & quand losditz Pay & May no l'òr hauren feyt augune gratification seran neuritz per lors hereteés si han moyen dequero far, entro à l'aâdge de seize ans, ou que ayen moyen de goadagna l'òr vita."

otros textos se establece: un heredero primogénito, de un lado, y legitimarios, de otro. No veo una explicación lógica a hablar en este caso de herederos como si fueran varios.

Esta segunda parte del texto se refiere tanto a los hijos legítimos como a los naturales. Parece que el padre puede designar a varios de sus hijos como herederos, sin embargo del derecho de primogenitura. De la redacción del texto se desprende que quizá se está contemplando un supuesto de bienes no muy abundantes. Si el padre ha nombrado heredero o herederos, pero no ha gratificado a los hijos no considerados como tales, porque no haya bienes suficientes, los beneficiados con la sucesión deben afrontar la manutención de los que no han recibido nada.

b) *Concurrencia de hijos de varios matrimonios*

La libertad que los padres tienen para distribuir sus bienes cuando no existen hijos más que de una sola unión matrimonial, se recorta bastante cuando concurren a la sucesión hijos de varias nupcias. La razón no es otra que evitar la postergación de los hijos del primer matrimonio en beneficio injusto de los del segundo.

En la Navarra peninsular, la Novísima recoge una ley de 1558 por la cual se dispone que, si se contrae por cualquiera de los progenitores nuevo matrimonio, sin haber efectuado partición al disolverse el primero, se comuniquen los bienes de conquista habidos durante el segundo matrimonio con los hijos del primero. A tal efecto, se harán tres partes: una para el cónyuge binubo, otra para quien case con él, y la tercera para los hijos del primer matrimonio. Esta cuota es independiente de la que pudiera corresponderles por la herencia de aquél de sus padres que hubiere casado de nuevo¹⁹.

19. *Nov. Rec.* III,10,2: "Casando padre, o madre segunda vez sin hacer particion de bienes con los hijos del primer Matrimonio, se comunique con estos lo conquistado en el segundo.—Casando padre, ó madre segunda vez sin hacer particion de bienes con las criaturas del primer Matrimonio, que lo conquistado, y amejorado durante el segundo Matrimonio se comunique con las criaturas de el primero, y que se repartan en tres partes iguales. La una para el que casó segunda vez: la otra para las criaturas del primero Matrimonio: y la tercera para aquel, ó

Sin embargo, las Cortes de 1765-66 tuvieron que volver sobre ello, vistos los pleitos que había, y hubieron de dar otra ley, que se recoge en su respectivo Cuaderno ²⁰.

En esta nueva disposición se detalla la torcida interpretación que se había hecho de la ley anterior, perjudicando a los hijos del primer matrimonio. Si la partición no se efectuaba, pero se entregaba al padre un inventario de bienes del primer matrimonio, podía privarse a los hijos habidos en aquél de este tercio que la ley les concede. Las Cortes declaran esta práctica viciosa, y ordenan que se cumpla la ley de 1558 reiterando su mandato ²¹.

aquella, que casó con el que dexó de hacer la dicha particion con sus creaturas de el primer Matrimonio.”

“A lo qual respondémos, que se haga como el Reino lo pide.”

20. *Cuadernos de las Leyes y Agravios reparados por los Tres Estados del Reino de Navarra*, ed. de la Biblioteca de Derecho Foral (Pamplona 1964).

21. *Cortes 1765-1766*, ley 50: “Explicación de la 2, Tít. 10, Lib. 3, sobre los derechos de los Hijos de los primeros Matrimonios en las conquistas de los segundos, y terceros.—S. C. R. M.—Los Tres Estados de este Reino de Navarra, juntos, y congregados en Cortes Generales por mandado de V. Magestad decimos: Que por la Ley 2. Tít. 10. Lib. 3. de la Novissima Recopilacion, está dispuesto, que casando Padre, ó Madre segunda vez, sin hacer particion de bienes con los hijos del primer Matrimonio, que lo conquistado, y amejorado durante el segundo se comuniquen con los hijos del primer Matrimonio, y que se reparta en tres partes iguales, la una para el que casó segunda vez, la otra para los hijos de primer Matrimonio, y la otra para aquel, ó aquella que casó con el que dexó de hacer la dicha particion con sus hijos del primer Matrimonio; sobre cuya inteligencia, no obstante de hallarse tan clara, terminante, y especifica, ha havido muchos pleytos, y encontradas sentencias, queriendo unos, que aunque el Padre binubo, no haga particion de bienes con sus hijos de primero Matrimonio, con tal que reciba Inventario formal de ellos, excluye, y priba, á los hijos de la tercera parte de conquistas que se ganaren en el segundo Matrimonio, y sintiendo otros que el Inventario, nunca puede tener fuerza de particion, que su recepción mira á otros respetos, y por consiguiente, que no haciendo efectiva particion de bienes el Padre binubo con sus hijos de primero Matrimonio, no debe ni puede privarlos de las conquistas adquiridas, y ganadas en el segundo: Y respecto de que la Ley está expressa, y la intención del Reyno, siempre ha sido, y es, que no haciendo formal efectiva particion, y entrega de bienes el Padre binubo con sus hijos de primero Matrimonio, hagan suya la tercera parte de lo que se conquistare, y ganare en el

En el Derecho de ultrapuertos se transcribe literalmente la ley de la Novissima, sin otra variante que consignar que una de las partes en que se dividen las conquistas del segundo matrimonio será para la esposa e hijos habidos en esta unión. El redactor estaba pensando únicamente en segundas nupcias del padre, y, si bien ha cuidado de extender la regulación o cualquiera de los progenitores, al final del precepto solamente menciona a la segunda esposa. Pero ha de entenderse que igualmente se aplica esta regulación si es la esposa viuda quien casa nuevamente ²².

Con respecto de los bienes propios, si hubiese hijos de dos matrimonios, pero en el primero solamente hubiesen nacido hijas, hereda la mayor —«sucedex et herete»—, y con respecto a las otras, se sigue aplicando lo relativo a la primogenitura, excluyéndose de la sucesión de estos bienes a los hijos de otros matrimonios ²³.

En la sucesión intestada, tratándose de los bienes adquiridos, son preferidos los medio-hermanos a los otros colaterales, pero

segundo, sin que esse defecto pueda suplirse por la confeccion del Inventario; para que cesen dudas, y con ellas los pleytos que producen.”

“Suplicamos á V. Magestad con el mas profundo rendimiento, se sirva concedernos por esplicacion, ó interpretacion de dicha Ley, que no haciendo efectiva particion, y entrega de bienes, con los hijos de primero Matrimonio el Padre, ó Madre, que casare segunda vez aunque reciban Inventario formal con todas las solemnidades necessarias, hagan suya aquellos la tercera parte de conquistas, que se ganaren en el segundo Matrimonio; que assi lo esperamos de la Real clemencia, y suma justificacion de V. Magestad y en ello, &c.”

“Pamplona, y su Real Palacio á 7. de Febrero de 1766. Hagase como Reyno lo pide.”

22. *F. Cost.* XXIV,17: “Si los Pays & Mays proprietaris deusditz beès se maridassen en segondas Nossas, sens far partition de beès ab los enfans deu prumer Matrimony, lo que losditz Pay ou May haberan acquisit & conquestat durant lô segond Matrimony, sera departit en trez parts esguoalles, de lasquoalles la vna sera per l’acquisidò, & lautre per los enfans deu prumer Matrimony, & la terce, per la Molhê & enfans de segondas Nossas.”

23. *F. Cost.* XXVII,3: “Mes si y ha enfans de divers Maridages, & deu prumer no y ha que Filhas, la Filha prumere deu prumer maridage succedexs & herere, & las autres apres observan l’ordy de Primogeniture & excludexen toutz los enfans deus autres Maridages tant mascles que femis.”

los hermanos de doble vínculo y sus hijos por representación prefieren en esta sucesión a los medio-hermanos y sus hijos respectivos²⁴.

c) *Desheredación de los hijos*

Este tema es quizá el más importante, ya que no se trata de ver en él solamente las causas por las que se puede desheredar; es necesario dilucidar hasta qué punto la desheredación y la legítima van unidas en la mentalidad jurídica de la época. Dicho en otras palabras: hasta qué punto la institución en la legítima es o no una desheredación.

Las causas por las que se puede desheredar, lógicamente, están determinadas en el Derecho navarro peninsular desde la aparición de los fueros extensos y del Fuero General, así que las leyes de la Edad Moderna no hacen sino incidir en aspectos confusos, o sobre los que se introduce alguna modificación. En el Derecho de ultrapuertos se reconocen ciertas causas suficientes para desheredar, tanto en F. Cost como recibidas del Derecho común²⁵. Solamente en base a alguno de estos motivos se pueden producir la desheredación, motivo que además ha de mencionarse expresamente.

Como es sabido, el matrimonio contraído sin consentimiento de los padres es causa de desheredación admitida desde antiguo²⁶. Era, desde luego, práctica frecuente en la Edad Moderna, como se

24. *F. Cost.* XXVII,15: "En la sucession deusditz beês aquisitz, seran preferitz los Frays & Sors, encoares que no sien que de vn costat à toutz Oncles & Sians. Mes non pas aux Frays & Sors germaâs, ou à lors Filhs ô Filhas, abans losditz Frays & Sors Germaâs ou lors enfans seran preferitz ausditz mieys-frays & mieyes-fors, & à lors enfans."

25. *F. Cost.* XXVII,2: "Los hereteês & successoós consuetudinaris deus beês Avitins & de Papoadge, no poiran está exheredatz, per lors Pays & Mays ny autres ascendens, sinon aux caâs declaratz au present For & autres de Drect commun. Et en los exheredan, lo Testator sera tiengut declarâ la causa de l'exheredation."

26. R. GIBERT, *El consentimiento familiar en el matrimonio según el Derecho medieval español*, AHDE XVIII (1947) 706-761.

trasluce de una ley de 1556, que alude a los matrimonios clandestinos como cosa corriente. A parte de contravenir la forma canónica establecida en el Concilio de Trento, infringía tal matrimonio la facultad de los padres para autorizar o no al matrimonio de los hijos. La denegación del consentimiento, aunque no era suficiente para afectar a la validez canónica, sí produce sanciones civiles, que son las que recoge la ley en cuestión: desheredación y dispensa de la obligación de dotar, además de la pena de destierro a perpetuidad²⁷.

En el Derecho ultrapirenaico se recogen también estas sanciones, que, además, se engloban dentro de una política de alcance más amplio: no reconocer validez civil al matrimonio contraído sin consentimiento paterno²⁸. F. Cost. contempla el matrimonio clandestino solamente en el aspecto de la falta de consentimiento de los padres, o, en su defecto, de los abuelos. Se produce entonces, por una parte, la desheredación en los bienes de abolorio, y, por

27. *Nov. Rec.* III,9,1: "Los padres puedan desheredar a las hijas que clandestinamente se casáren.—Porque se continúan, y frecuentan en este Reino los Matrimonio Clandestinos, y por los inconvenientes que de esto suceden conviene, que se ordene y ponga por Ley: que el que contraxere Matrimonio, que la Iglesia tuviere por Clandestino con alguna muger, por el mismo hecho, él, y los que intervinieren, y los que de el tal Matrimonio fueren testigos, incurran en perdimiento de la mitad de sus bienes: y sean aplicados á la Camara, y Fisco de su Magestad, y sean desterrados del Reino, y que no entren en él so pena de muerte: y que sea justa causa para que los Padres puedan desheredar á sus hijas, que el tal Matrimonio contrageren. Y que no sean obligados á darles dotes ningunos: y que no puedan acusar esto sin <sino> el padre y la madre: y muerto el padre, y la madre, los curadores, que á las tales hijas tuvieren á su cargo, y que esto no se entienda en hijos."

"Mandámos, que haciendose semejantes clandestinos Matrimonios, que en el sobre dicho capitulo se hace mencion, sea justa causa de poder desheredar á sus hijas por ello: y que no sean obligados los padres, y madres á dotar las tales hijas en tales casos. Lo qual mandámos, que dure hasta la proposición de las primeras Cortes, que mandarémos juntar. *Duque de Alburquerque.*"

28. Mi esposa ha estudiado este tema en el Derecho francés del siglo XVIII. R. LETINIER, *La création de nouveaux empêchements de mariage dans la pratique gallicane de l'ancienne France*, "Ius Canonicum" XXI (1981) 101-142.

otra, la declaración judicial de la nulidad de tales matrimonios, con independencia de lo que disponga el ordenamiento canónico²⁹.

Las Cortes que se reúnen en Pamplona entre 1780 y 1781 solicitaron al rey, quien accedió, que se convirtiese en ley del reino una pragmática real sobre el consentimiento en el matrimonio de personas distintas de los cónyuges. En lo que a este trabajo interesa, los hijos y sus descendientes que casen sin el referido consentimiento o consejo, quedan inhabilitados a efectos civiles para heredar o reclamar dote, aunque se declara subsistente el derecho a alimentos. Pierden también los vínculos, patronatos y demás derechos perpetuos de la familia, hasta la extinción de las líneas descendentes de las personas cabeza de vínculos y mayorazgos, y aun de las líneas transversales.

El consejo paterno está reservado únicamente a los mayores de veinticinco años, pero si no se pide, los efectos civiles son los mismos que en caso de falta de consentimiento.

Sin embargo, al finalizar el pedimento de las Cortes, se hace mención expresa de «la libertad absoluta que por otra parte tienen en este reyno los padres de exheredar a sus hijos en los bienes libres, con sólo instituirlos en la legítima foral, conforme a la ley y costumbre antiquísima e inmemorial»³⁰. Es decir, que para esta

29. *F. Cost.* XXIV,3: "Los Filhs ou Filhas no se marideran clandestinement de lors Pays & Mays, ou en lór deffaut de Pay-grands ou May-granes & senhs lór volee & licency, à pena d'està exheredatz per losditz Pay & May, Pay-grands & May-granes de lors beês, encoares que sien de Papoadge & Avitins, & losditz Matrimonis seran nuls & tals declartz per lo Judge competent."

30. *Cortes* 1780-1781, ley 31: III. "Si llegase á celebrarse el Matrimonio sin el referido consentimiento, ó Consejo; por este mero hecho, asi los que lo contrageren, como los hijos, y descendientes que provinieren del tal Matrimonio, queden inhaviles, y privados de todos los efectos civiles: como son el derecho á pedir dote, ó legítimas, y de suceder como herederos forzosos, y necesarios en los bienes libres que pudieran corresponderles por herencia de sus Padres, ó Abuelos, á cuyo respeto, y obediencia faltaron contra lo dispuesto en esta Pragmatica, declarando, como declaro por justa causa de su desheredacion la expresada contravencion, é ingratitude, para que no puedan pedir en juicio, ni alegar de inoficioso, ó nulo el testamento de sus Padres, ó ascendientes, quedando estos en el libre arbitrio, y facultad de disponer de dichos bienes á su voluntad, y sin mas obligacion, que la de los precisos, y correspondientes alimentos."

fecha, tal libertad se hallaba extendida a todos los habitantes del reino, por vía de costumbre, que, si bien era antigua, no era inmemorial, como veremos en seguida. Por otra parte, esta ley ya equipara la institución en la legítima a la desheredación.

IV. "Asimismo declaro, que en quanto á los Vinculos, Patronatos, y demás derechos perpetuos de la familia, que poseyeren los contraventores, ó á que tuvieren derecho de suceder, queden privados de su goce, y sucesion respectiva: y asi ellos, como sus descendientes sean, y se entiendan postergados en el orden de los llamamientos: de modo, que pasando al siguiente en grado, en quien no se verifique igual contravencion, no puedan suceder hasta la extincion de las lineas de los descendientes de el Fundador, ó personas en cuya cabeza se instituyeron los Vinculos, ó Mayorazgos."

V. "Si el que contravinieren fuere el ultimo de los descendientes, pasará la sucesion á los transversales, segun el orden de sus llamamientos, sin que puedan suceder los contraventores, y sus descendientes de aquel Matrimonio, sino en el ultimo lugar, y quando se hallen extinguidas las lineas de los transversales: bien entendido, que por esta mi declaracion no se priva á los contraventores de los alimentos correspondientes."

VI. "Los mayores de veinte y cinco y años, cumplen con pedir el consejo paterno para colocarse en estado de Matrimonio, que en aquella edad ya no admite dilacion, como está prevenido en otras Leyes; pero si contravinieren dejando de pedir este consejo paterno, incurrirán en las mismas penas que quedan establecidas, asi en quanto á los bienes libres, como en los Vínculos."

"Suplicamos á vuestra Magestad con el mayor rendimiento, se digne concedernos por Ley todo el contesto, y tenor de la Real Pragmatica inserta en este Pedimento, entendiendose sin perjuicio de la libertad absoluta, que por otra parte tienen en este Reyno los Padres de exheredar á sus hijos en los bienes libres con solo instituirlos en la legitima foral conforme á la Ley, y costumbre antiquissima, é inmemorial: como lo esperamos de la suma clemencia, y dignacion de vuestra Magestad: y en ello &c."

"Pamplona, y su Real Palacio, catorce de Enero de mil setecientos ochenta y uno. Vengo en contemplacion de el Reyno, en extender á él la Real Pragmatica-Sancion de veinte y tres de Marzo de mil setecientos setenta y seis, que dispone lo conveniente en el importante punto de pedir los hijos de familias el consejo, y consentimiento de sus Padres, Madres, Abuelos, ó deudos mas cercanos por su orden; y á falta de estos de los Tutores, y Curadores, bajo las declaraciones, y penas, que en la misma se expresan: Y asi se tendrá entendido en lo sucesivo para la puntual observancia de todos sus Capítulos; como lo espero del celo de mi Consejo, y demás Tribunales, y Jueces: Y esto sin perjuicio de la libertad

Una ley de Cortes de 1688³¹ se cuidó de explicar el alcance de la potestad de desheredar a los hijos. Nótese que es anterior en casi un siglo a la precitada sobre el consentimiento paterno en el matrimonio.

de que los Padres puedan exheredar á sus hijos en los bienes libres dexandoles la legitima del Fuero. Encargo á los Ordinarios Eclesiasticos, que por su parte contribuyan á que la referida Pragmatica, y Brebe de Benedicto XIV, tengan la debida observancia en los casos ocurrentes en sus Tribunales por ser mas conveniente todavía precaver los delitos, que imponer las penas."

31. *Nov. Rec.* III,13,16: "Sobre la inteligencia de el Fuero en quanto a la exheredacion de los hijos.—Por uso, estilo y costumbre inconcusa, é inviolablemente observada de tiempo inmemorial á esta parte, los Padres legitimos, y naturales en este Reino no han tenido facultad de disponer libremente de todos sus bienes que no fueren de condicion de Labradores, sin que los hijos legitimos, y naturales hayan tenido, ni tengan, mas, ni otro derecho precisso en la herencia de sus Padres, que el de la legitima foral, reducida por dicha costumbre, á solos cinco sueldos, y una robada de tierra en los montes comunes, la qual se há observado, y juzgandose por justa, y conveniente; y parece que con novedad se há dudado por algunos Jueces, y Letrados, si dicha costumbre solo se debia entender en la libre disposicion de los Padres entre los hijos, y no en respecto de los estraños, pudiendo preferir á éstos; y porque aquella igualmente siempre se há entendido, y practicado hasta ahora con igual libertad, assi como entre los hijos, tambien entre estos, y estraños; para que cesse esta duda, y se observe, y mantenga la dicha costumbre, y se eviten pleitos, y opiniones, y se juzgue conforme á ella. Suplicámos á vuestra Magestad sea servido de mandar, que todas, y qualesquiera disposiciones, que hicieren los Padres de sus bienes, y hacienda, que no fueren de condicion de Labradores, se observe, y guarde inviolablemente la dicha costumbre, y libertad absoluta, que por ella tienen de disponer como quisieren dexando á sus hijos en dichas disposiciones la dicha legitima de los cinco sueldos, y robadas de tierra en los montes comunes, conforme á la dicha costumbre, y que haya de subsistir, y tener efecto, no solo quedandose instituida á un hijo dexando á los demas solamente la dicha legitima, si no tambien quando se instituyere, ó dispusiere á favor de un estraño dexando á los hijos solamente la dicha legitima, exceptuando las disposiciones de segundas, terceras, ó mas numpcias, que en ellas haviendo hijos del primer matrimonio, se observe el estilo y costumbre que há introducido de las *Leyes Foeminae*, y *hac edictali*, *Codice de secundis nuptiis*, que assi lo esperamos de la Real clemencia de vuestra Magestad, que en ello, &c."

"A esto os respondémos, que se haga como el Reino lo pide."

En primer lugar, la ley señala que solamente quienes no tengan condición de labradores pueden disponer como en ella se determina. Muy posiblemente, porque se quiso cortar la costumbre de los labradores de comportarse de una manera que en principio les estaba prohibida.

Por costumbre, los padres pueden disponer libremente de sus bienes, sin que los hijos legítimos y naturales puedan pretender otra cosa que la legítima foral, reducida por costumbre a cinco sueldos y una robada de tierra en los montes comunes. De esta primera parte pueden extraerse dos consecuencias importantes: la consideración de los hijos como legitimarios, no como herederos, y la atribución de una cuota legítima pequeña, mas no simbólica, progresivamente reducida por vía de costumbre.

Por tanto, la libertad de disponer es absoluta, siempre que se respete la legítima, de manera que se puede preferir a extraños en la sucesión testada, o dejar a un hijo como heredero, y como legitimarios a los restantes.

Ahora bien, en el supuesto de la existencia de hijos de dos o más matrimonios, debe respetarse lo dispuesto en las leyes *Foeminae* y *Hac edictali*³². Estas dos constituciones del Código de Justicia se aplicaban en Navarra como Derecho supletorio.

En la primera de ellas se dispone que las mujeres casadas en segundas nupcias den a sus hijos del primer matrimonio —de la manera que la madre prefiera— lo que hubiesen recibido de sus maridos por esponsales donaciones «mortis causa», testamentos o liberalidades, sin poder disponer de estos bienes en favor de extraños o de los hijos del segundo matrimonio. La segunda constitución dispone que, si se contrae nuevo matrimonio existiendo hijos de una unión anterior, el padre o la madre no pueden dar a su cónyuge por testamento más de lo que diere, a su hijo o hija; y si hubiere varios, se considera al cónyuge como uno más a efectos sucesorios.

Es necesario poner de relieve que, tanto en esta ley de 1688 como en la de 1780-81, se hace alusión a la costumbre inmemorial. Pero ésta ha experimentado una gradación, apreciable por el simple cotejo de los textos, y por comparación con la legislación del Fuero General y del Fuero Reducido. Si la ley de 1688 quiso dejar

32. *CI* V,9,3 y V,9,6.

claro que esta potestad de disponer libremente —que también equipara a desheredar— no se concedía a los labradores, la de 1780-81 ya no hace distinción ni salvedad con respecto a ellos: el uso se había extendido para entonces a todos los habitantes del reino.

En el Derecho de ultrapuertos encontraremos, además, un motivo de desheredación: entregarse la hija a una vida licenciosa. En tal caso, los padres no tienen obligación de dotarla, ni de dejarle bienes por testamento³³. En el Derecho navarro peninsular no encontramos exacto parangón de este precepto en la Edad Moderna. El Fuero General ya autorizaba a desheredar a la hija que, prometida en matrimonio con la condición de virginidad, resultare no serlo; o a la hija que deja la casa paterna para ir con un infanzón. En mayor similitud con el precepto transpirenaico, sí se menciona la potestad de desheredar a las hijas naturales o a la hija viuda que se dieran a la vida licenciosa³⁴. En todo caso, esta legislación no es de la Edad Moderna.

33. *F. Cost.* XXIV,4: “Et si lasdittas Filhas ou alguna dequeres comet paillardise, sons Pay & May no seran tengutz si no volen, lor balhar augun dot ny parcelle.”

34. *FGN* IV,1,2; IV,3,1.

FGN IV,1,2 (i.f.): “Creaturas de ganancia, si fizieren putage deven ser desheredadas.”

FGN IV,3,5: “Biuda que faz putage por quien et cómo deve ser desheredada.—Muger yfanzona biuda non oviendo creaturas si fiziere putage et se empreyna, el hermano mayor de pareylla deylla si dixiere: Hermana, dizenme que sodes preynada, fuero es que el hermano mayor deve ver á eylla en el vientre con la mano si es preynada. Apuestament creyendo que es preynada, deve imbiar por parientes de partes de su padre, de si, et deylla por los mas cercanos; dévela prender el hermano et llevarla de las tres heredades, ó de las II, ó de la una hereditat, á quoyal mas quisiere, que sea de la natura de entrambos, et goárdenla de dia et de noche bien ata el tiempo del parto. Entonze sopiendo el hermano que eylla quiere parir, envie por parientes zercanos de si et de eylla, et con conseyllo dellos aduga bonas echandras, III ó V quando eylla oviere á parir. Estas V chandras aduytas veyendo yssir la creatura del vientre con estos parientes que vean entre las piernas la creatura, con atanto deve ser desheredada.”

Estos textos fueron citados *ob iter* por J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, *Estudio sobre el capítulo 3,20,6 del Fuero General de Navarra: un texto recibido del Derecho romano*, *AHDE* XLVI (1976) 225-345, en especial 282.

d) *Reserva de los hijos naturales*

En el Derecho navarro peninsular de la Edad Moderna no hay preceptos sobre este tema concreto. Al otro lado de los Pirineos encontramos dos preceptos. Uno de ellos, ya citado³⁵, se refiere a la posibilidad de conceder mejoras con cargo a los bienes adquiridos sin que puedan sobrepasar la mitad de los mismos. Esta facultad la tienen los padres con respecto de los hijos legítimos y de los naturales.

Por último, los padres, aunque lo dispusiesen por testamento, o legitimasen a los hijos naturales, no pueden perjudicar los derechos sucesorios de los parientes más próximos en los bienes propios³⁶.

4. CONCLUSION

En lo que atañe al Derecho navarro peninsular, no se producen innovaciones importantes por vía legislativa ni en las causas de desheredación, ni en la reserva. Sin embargo, desde el siglo XIII es usual instituir a los hijos herederos en bienes muebles e inmuebles. Por vía de costumbre, se llegará a la legítima foral, que para 1688 equivale ya a una desheredación, o quizá más propiamente, a apartar al legitimario de la herencia paterna: el legitimario no es heredero. Esta distinción, con todo, es anterior a esta fecha.

La cuota legítima, que respeta el precepto del FGN de no desheredar del todo a los hijos, se va reduciendo progresivamente, de manera que, para cuando se admite preferir a extraños en la sucesión, con sólo atribuir a los hijos su legítima, se culmina el proceso de diferenciación entre heredero y legitimario.

35. *F. Cost.* XXVII, 14 citado en nota 18.

36. *F. Cost.* XXVII,6: "Los Pays & las Mays per Testamet ny legitimacion obtengode per los Filhs naturels, no poiran prejudiciar aux parens plus proches, ausquols deu venir lá hereditat & succession deus beês Avitins & de Papoadge, nobles & autres, ny lor tollir lor tourn de succedit & heretat."

El Derecho navarro ultrapirenaico guarda semejanza con el peninsular, pero no coincide con él totalmente, sin duda por haberse recopilado en el siglo XVI y bajo la influencia de otros Derechos. En él se distingue entre bienes propios y adquiridos. Y se constata la existencia del derecho de primogenitura, que comporta también la condición de heredero, quedando como legitimarios los hijos segundones.

FERNANDO DE ARVIZU

LA DEFENSA PRETORIA DEL «MISSUS IN POSSESSIONEM»

SUMARIO I. Introducción.—II. Cuestiones previas. 1) Clasificación de las *missiones in possessionem: legatorum servandorum causa, ventris nomine, damni infecti nomine* y *rei servandae causa*. 2) Criterio procesal en la determinación de la naturaleza jurídica de las *missiones in possessionem* 3) *Missiones in possessionem custodiae causa* 4) La alternancia *causa* y *nomine* (ó *gratia*) en las *missiones in possessionem*—III El interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* en el orden del Edicto Perpetuo—IV La *missio in possessionem damni infecti nomine* y su especial régimen procesal 1) Interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* 2) *Actio in factum* de resarcimiento del daño causado en la *missio in possessionem damni infecti nomine* 3) Régimen de la acción. 4) Extensión de la *actio in factum* al caso de *missio in possessionem damni infecti nomine* fallida por ausencia del magistrado. 5) Confusión justiniana de la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado en la *missio in possessionem damni infecti nomine* con el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* 6) Confusión justiniana del interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* con la *actio in factum* de D. 43.4,1, pr para los otros tipos de *missiones in possessionem*—V Las otras *missiones in possessionem (rei servandae causa, legatorum servandorum causa, ventris nomine)* y su régimen procesal unitario. 1) La tutela pretoria de la *missio in possessionem* respecto a los créditos. 2) Tres pasajes dudosos 3) Objeción más grave a nuestra tesis 4) *Status quaestionis* y crítica del mismo. 5) *Actio in factum* por el impedimento doloso al *venire in possessionem* de la cosa mueble, es decir, contra el que impide dolosamente tomar posesión de los muebles o ha dejado dolosamente de poseerlos, en las *missiones in possessionem rei servandae causa, legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*. 6) Régimen de la acción: i) naturaleza jurídica; ii) legitimación activa; iii) legitimación pasiva; iv) plazo para el ejercicio de la acción e intransmisibilidad pasiva, y v) *condemnatio* de la acción. 7) Riesgo procesal de esta *actio in factum* 8) Semejanzas y diferencias entre esta *actio in factum* y la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado en la *missio in possessionem damni infecti nomine* 9) El interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* en las demás *missiones in possessionem*: i) interdicto *ne vis fiat*

ei qui (legatorum servandorum causa) in possessionem missus erit; ii) interdicto *ne vis fiat ei qui (ventris nomine) in possessionem missus erit*, y iii) interdicto *ne vis fiat ei qui (bona = rei servandae causa) in possessionem missus erit* —VI. Conclusiones

I. INTRODUCCION

La rúbrica del título 4 del libro 43 del Digesto nos presenta el anuncio de un interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. Como es sabido, existen cuatro tipos principales de *missiones in possessionem*: i) la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*¹; ii) la *missio in possessionem ventris nomine*²; iii) la *missio in possessionem*

1. Salvo erro u omisión involuntarios, recogemos en este trabajo todos los pasajes del Digesto y de otras fuentes que tratan de las *missiones in possessionem*. Se habla en general de las *missiones in possessionem*, en D. 2,1,1; D. 2,1,4; D. 42,5,9 pr.; D. 42,5,9,8 y en Gai 4,177. Respecto a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* —téngase en cuenta que a su régimen se asimilan los fideicomisos—, tenemos los siguientes textos. D. 1,21,4,1; D. 2,8,8,4; D. 2,12,2; D. 3,3,35,3; D. 5,1,52,4; D. 6,1,9; D. 10,2,25,15; D. 10,3,7,8; D. 10,4,5,1; D. 27,9,3,1; D. 29,4,1,9; D. 35,1,77,3; D. 36,3,1,2; D. 36,3,4; D. 36,3,5,1; D. 36,3,5,4; D. 36,3,11; D. 36,3,12; D. 36,3,13; D. 36,4,1,1; D. 36,4,2; D. 36,4,5 pr.; D. 36,4,5,1; D. 36,4,5,2; D. 36,4,5,3; D. 36,4,5,4; D. 36,4,5,5; D. 36,4,5,8; D. 36,4,5,9; D. 36,4,5,10; D. 36,4,5,11; D. 36,4,5,12; D. 36,4,5,16; D. 36,4,5,22; D. 36,4,5,23; D. 36,4,5,26; D. 36,4,5,27; D. 36,4,5,28; D. 36,4,6 pr.; D. 36,4,6,1; D. 36,4,7; D. 36,4,8; D. 36,4,9; D. 36,4,10; D. 36,4,11 pr.; D. 36,4,12; D. 36,4,13; D. 36,4,14; D. 36,4,15; D. 39,2,15,20; D. 39,2,39,3; D. 41,2,3,23; D. 41,2,10,1; D. 41,4,12; D. 41,5,2 pr.; D. 42,4,11; D. 42,4,14,1; D. 42,5,27; D. 43,3,1,9; D. 43,4,1,2; D. 43,4,1,8; D. 43,4,3 pr.; D. 43,4,3,1; y D. 50,1,26,1. CJ. 6,54,3/4/5/6. PS. 4,1,15/17.

2. Para la *missio in possessionem ventris nomine*. D. 1,21,4,1; D. 2,12,2; D. 3,2,15; D. 3,2,16; D. 3,2,17; D. 3,2,18; D. 3,2,19; D. 5,2,6 pr.; D. 5,4,3; D. 6,1,9; D. 10,3,7,8; D. 12,2,3,3; D. 25,6,1 pr.; D. 25,6,1,2; D. 25,6,1,5; D. 25,6,1,6; D. 25,6,1,8; D. 28,5,23,3; D. 29,3,9; D. 36,4,7; D. 37,9,1 pr.; D. 37,9,1,1; D. 37,9,1,2; D. 37,9,1,3; D. 37,9,1,4; D. 37,9,1,5; D. 37,9,1,6; D. 37,9,1,7; D. 37,9,1,8; D. 37,9,1,9; D. 37,9,1,11; D. 37,9,1,12; D. 37,9,1,13; D. 37,9,1,14; D. 37,9,1,15; D. 37,9,1,17; D. 37,9,1,19; D. 37,9,1,27; D. 37,9,9,6; D. 37,9,7 pr.; D. 37,9,7,1; D. 37,9,7,2; D. 37,9,8; D. 37,9,9; D. 37,9,10; D. 37,10,5,3; D. 38,15,2,4; D. 38,17,2,11; D. 39,6,12; D. 40,4,13,3; D. 41,2,3,23; D. 42,4,7,10; D. 43,4,1,2; D. 43,4,3,2; D. 43,4,3,3, y D. 44,3,15,4.

*damni infecti nomine*³, y iv) la *missio in possessionem rei servandae causa*⁴. Ahora bien, según Lenel, en aquel título 4 del libro 43 de la compilación jurisprudencial se trataría correlativamente: i) del interdicto *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*⁵; ii) del interdicto *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*⁶, y iii) del interdicto *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*⁷. Curiosamente, y en contra de lo que era de esperar, Lenel no verifica la existencia de un correlativo interdicto *ne vis fiat ei qui rei servandae causa in possessionem missus erit*.

Por otra parte, y según la lectura actual de aquel título interdictal, también se trata en él: i) de una *actio in factum* en concurrencia con dos de los interdictos anteriores⁸; ii) de la misma *actio in factum* precedente para el caso de *missio in possessionem rei servandae cau-*

3 Para la *missio in possessionem damni infecti nomine*: D. 1,21,4,1; D. 2,12,2; D. 3,3,35,3; D. 4,6,15,2; D. 6,1,9; D. 7,1,7,1; D. 10,3,4,4; D. 10,3,7,9; D. 11,1,20,2; D. 15,1,22; D. 15,1,23; D. 23,5,1 pr.; D. 27,9,3,1; D. 27,9,5,3; D. 36,4,5,1; D. 39,2,4,1; D. 39,2,4,2; D. 39,2,4,3; D. 39,2,4,4; D. 39,2,4,9; D. 39,2,5 pr.; D. 39,2,5,1; D. 39,2,7 pr.; D. 39,2,9,4; D. 39,2,9,5; D. 39,2,10; D. 39,2,12; D. 39,2,13,11; D. 39,2,15,11 a 36; D. 39,2,16; D. 39,2,17 pr.; D. 39,2,18,12; D. 39,2,18,13; D. 39,2,18,15; D. 39,2,21; D. 39,2,22 pr.; D. 39,2,23; D. 39,2,38,1; D. 39,2,39,3; D. 39,2,40,4; D. 39,2,44 pr.; D. 39,2,44,1; D. 41,2,3,23; D. 41,2,10,1; D. 41,2,30,2; D. 43,4,4 pr.; D. 43,4,4,1; D. 43,4,4,2; D. 43,4,4,3, y D. 43,4,4,4.

4. Para la *missio in possessionem rei servandae causa*: D. 2,12,2; D. 10,4,5,1; D. 15,1,50 pr.; D. 26,10,7,2; D. 29,4,1,9; D. 36,4,5,2; D. 36,4,5,4; D. 36,4,5,4; D. 36,4,11,1; D. 41,2,3,23; D. 41,2,10,1; D. 42,1,51,1; D. 42,4,1; D. 42,4,5 pr.; D. 42,4,7 pr.; D. 42,4,14,2; D. 43,4,1,1; D. 43,4,1,2; D. 43,17,3,8; D. 44,3,15,4 y D. 50,1,26,1; CJ 7,72,8. Sobre el término equivalente *missio in bona* y los textos edictales, jurisprudenciales y legales en los cuales aparece, vid. infra nn. 29,30 y 31.

5. LENEL, *Paling* II col. 803

6. LENEL, *Paling* II col. 803. Obsérvese el femenino «*missa*» conjeturado por Lenel, sobre el que hemos de volver más adelante.

7. LENEL, *Paling* II col. 819.

8. Así, para la *actio in factum* en concurrencia con el denominado por Lenel interdicto *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*: D. 43,4,1,2 y D. 43,4,3 pr., y para la *actio in factum* concurrente con el denominado por Lenel interdicto *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*: D. 43,4,1,2 y D. 43,4,3,2

sa⁹, y iii) de una *actio in factum* que, por su colocación en este título interdictal, podría confundirse con la anterior, en concurrencia con el interdicto correspondiente a la *missio in possessionem damni infecti nomine*¹⁰

De forma evidente observamos una profunda desarmonía procesal en el juego de estos recursos pretorios pues, por un lado, sólo dos tipos de *missiones in possessionem* estarían defendidas por el correspondiente interdicto y la *actio in factum*: la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* y la *missio in possessionem ventris nomine*; por otro lado, la *missio in possessionem rei servandae causa* aparece tutelada únicamente por aquella *actio in factum*, pero no por el que debería ser su correspondiente interdicto, y, en último término, la *missio in possessionem damni infecti nomine* se nos presenta defendida por el interdicto correspondiente y una *actio in factum* distinta de la de las otras *missiones in possessionem* anteriores. Pero hay más: cuando nos planteamos la finalidad procesal del interdicto y de la *actio in factum* en las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*, en que ambos recursos son concurrentes, nos encontramos con que cumplen la misma finalidad procesal: sancionar al que ha impedido el *venire in possessionem*¹¹ —se ha llegado a decir que, en el caso del interdicto, mediante la *vis* y, en el caso de la *actio in factum*, mediante el *dolus*¹²— del *missus in possessionem*.

9 D. 43,4,1,1/2.

10. D. 43,4,4,2/3. La naturaleza y función de esta *actio in factum* —y no ficticia, como sostenía la romanística crítica—, distinta a la de D. 43,4,1 pr., fue objeto de nuestro estudio pormenorizado en *Recursos supletorios de la 'cautio damni infecti' en el derecho romano clásico*, en *AHDE* 45 (1975) p. 7 ss.

11. El empleo de este giro que designa el acto propio del *missus in possessionem* aparece avalado sistemáticamente en las fuentes para nuestros cuatro tipos de *missiones in possessionem*. Así, para la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*: D. 3,3,35,3; D. 29,4,1,9; D. 36,3,1,2; D. 36,4,5,2; D. 36,4,5,5, y D. 43,4,1,3 para la *missio in possessionem ventris nomine* D. 25,6,1,2, D. 25,6,1,5; D. 25,6,1,7; D. 43,4,1,3, y D. 43,4,3,3; para la *missio in possessionem damni infecti nomine*: D. 3,3,35,3; D. 39,2,15,32; D. 39,2,15,35; D. 39,2,44 pr., y D. 39,2,44,1, y para la *missio in possessionem rei servandae causa*: D. 29,4,1,9; D. 43,4,1,1 y D. 43,4,1,3.

12. Cfr. A. d'ORS, *DPR*³ p. 125. «El Pretor ofrece al *missus* un interdicto para que no se le impida violentamente tener la cosa en su poder (D. 43,4), y en

Entonces nos preguntamos ¿acaso únicamente en las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine* se dan *vis* y *dolus*, sancionados por el interdicto y la *actio in factum*, respectivamente, mientras que en la *missio in possessionem rei servandae causa* sólo se daría el *dolus*, sancionado por la *actio in factum*? Continuando en esta línea de pensamiento, cabe hacer más preguntas; primera: en aquellos dos tipos de *missiones in possessionem*, protegidas por interdicto y *actio in factum*, ¿en que consiste el impedimento «violento» al *venire in possessionem* (sancionado por el interdicto), y en qué consiste el impedimento «doloso» al *venire in possessionem* (sancionado por la *actio in factum*)?; segunda: ¿por qué esta diferencia de tratamiento respecto a las otras dos *missiones in possessionem: rei servandae causa* y *damni infecti nomine*?; tercera: ¿acaso en la *missio in possessionem rei servandae causa* no hay impedimento «violento» al *venire in possessionem*, puesto que no se trata en las fuentes de un correlativo interdicto *ne vis fiat ei qui rei servandae causa in possessionem missus erit*?; cuarta: ¿cómo es que en el comentario de Ulpiano al *edictum* de esta *actio in factum* (D. 43,4,1,2), concebida para la *missio in possessionem rei servandae causa*, se hace extensiva aquélla a las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*, mientras que se excluye la *missio in possessionem damni infecti nomine*?; quinta: ¿cómo opera la concurrencia alternativa o conjuntiva —ello está por ver— del interdicto con la *actio in factum*, en cada caso, en defensa del *missus in possessionem*? Se ha llegado a decir que la *actio in factum* desplazó al interdicto en la *missio in possessionem rei servandae causa*¹³, pero entonces ¿por qué no desplazó al interdicto en los otros dos tipos de *missiones in possessionem*, pues las fuentes nos presentan ambos recursos como actuales, y no, al pretendido recurso desplazado (interdicto), como un mero recuerdo histórico?; por último: ¿en qué se diferencia la *actio in factum* de la *missio*

algunos casos determinados le da también una acción *in factum* contra él que lo impide dolosamente (así, por lo menos, a los acreedores en concurso)»; pero vid infra n. 210.

13 Cfr. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* (Roma-Madrid, 1974) p. 104 b. Este autor, entonces, presupone la aplicación del interdicto en las *missiones in possessionem rei servandae causa* sin estar expresamente atestiguado en las fuentes, pero vid. infra V 4 y nn. 207 y 208

in possessionem damni infecti nomine de la *actio in factum* de los otros tres tipos de *missiones in possessionem*?

Sabemos que la romanística crítica ha dado respuesta a casi todas estas preguntas; sin embargo, las fisuras que dichas respuestas han dejado, y las ambigüedades latentes en ellas, nos han llevado a un replanteamiento del tema, y éste viene a constituir como continuación de nuestro estudio sobre la *cautio damni infecti nomine* y sus recursos supletorios, pero ahora en su marco procesal específico, en relación con las otras *missiones in possessionem*, cosa que nos permitirá —manteniendo nuestras tesis de fondo de aquel otro estudio— un perfil más acabado del mismo en lo que se refiere al interdicto y a la *actio in factum* propia de la *missio in possessionem damni infecti nomine*. Por tanto, objetivo del presente trabajo será el intentar una respuesta a cada una de aquellas preguntas; respuesta que se traducirá —así esperamos— en una visión de conjunto que obedezca a la profunda lógica jurídica del Derecho romano clásico sobre la defensa pretoria del *missus in possessionem*.

Prolegómenos de esta investigación serán dos: primero, el tratar de esclarecer la ambigüedad terminológica con que ha venido trabajando la romanística respecto a los distintos tipos de *missiones in possessionem*, y principalmente en relación con la *missio in possessionem rei servandae causa*; e igualmente el análisis de los criterios procesales clásicos que se deben tener en cuenta a la hora de abordar el complejo tema de la naturaleza jurídica de las *missiones in possessionem*; criterios que, en nuestra opinión, no han sido debidamente analizados por la doctrina, quizá por no haberle concedido la misma la importancia que realmente tienen, y, en segundo término, el estudio exhaustivo de la estructura formal de nuestro título interdictal (D. 43,4)¹⁴, para fijar el orden que ocupa en el Edicto Perpetuo el interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. En cambio, dejaremos para momento

14. La versión griega de este título interdictal que nos ofrece Bas. 51,5 es, prácticamente, una traducción literal de la compilación justiniana que no nos aporta ningún dato nuevo, excepto en Bas. 51,5,2/3 (cfr. infra n. 214). Por tanto, no consideramos necesario, en el transcurso de esta investigación, la transcripción paralela y sistemática de dicha fuente

posterior, por conveniencia metodológica, el análisis del orden que ocupa en el mismo Edicto Perpetuo la *actio in factum* irregularmente contenida en aquel título interdictal¹⁵.

II. CUESTIONES PREVIAS

1. Clasificación de las «missiones in possessionem: legatorum servandorum causa, ventris nomine, damni infecti nomine, rei servandae causa».

Se dice, y no sin razón, que una adecuada clasificación está siempre en la base de una lúcida comprensión. Ello explica que hayamos tomado como punto de partida para nuestro estudio la única clasificación que nos ofrecen las fuentes de las *missiones in possessionem*. Clasificación que no es omnicomprendensiva de todos los tipos de *missiones in possessionem*, pero que tiene un fundamento, no sólo desde un punto de vista sustantivo, sino también procesal, es decir, clásico, como veremos en el transcurso de esta investigación. Con dicho catálogo de *missiones in possessionem* nos encontramos en tres pasajes de la compilación jurisprudencial de forma completa, excepto en aquél en que se excluye la *missio in possessionem damni infecti nomine* por una razón procesal y cuya omisión ha motivado, en parte, el presente estudio; los tres textos pertenecen a un mismo jurista, Ulpiano, y provienen de la misma obra: i) a propósito de los días feriados, en D. 2,12,2, correspondiente al libro 5 *ad edictum*¹⁶; ii) en relación con las causas por las que se es puesto en posesión, en D. 42,4,1, perteneciente al libro 12 *ad edictum*¹⁷, y iii) con referencia al interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, en D. 43,4,1,2, del libro 72 *ad edictum*, según la *inscriptio* actual¹⁸. Consignaremos en esta sede los dos primeros textos y dejaremos para su momento oportuno el último, ya que pertenece precisamente a la *sedes materiae* del problema que tratamos de dilucidar. Veamos aquellos dos primeros pasajes:

15. Cfr. infra V 4.

16. LENEL, *Palng.* II col. 435.

17. LENEL, *Palng.* II col. 478 y n. 1.

18. LENEL, *Palng.* II col. 790 y n. 2 Cfr. infra V 4 y n. 199, y V 5 y n. 214

D. 2,12,2 (Ulp. 5 *ad ed.*).

Eadem oratione divus Marcus in senatu recitata effecit de aliis speciebus praetorem adiri etiam diebus feriaticis: ut puta ut tutores aut curatores dentur. ut officii admoneantur cessantes: excusationes allegentur: alimenta constituentur: aetates probentur: ventris nomine in possessionem mittatur, vel rei servandae causa, vel legatorum fidei commissorum, vel damni infecti¹⁹.

D. 42,4,1 (Ulp. 12 *ad ed.*)

Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei servandae causa, item legatorum servandorum gratia et ventris nomine. Ydamni enim infecti nomine si non caveatur, non in universorum nomine fit missio, sed rei tantum, de qua damnum timetur²⁰

Dejando a un lado el primero de los pasajes transcritos, ya que simplemente nos ofrece dicha clasificación sin plantear ninguna problemática para la romanística, observamos cómo en el segundo, el jurista Ulpiano diferencia las tres primeras *missiones in possessionem* de

19. Las críticas al texto no afectan a nuestra clasificación. Cfr. *Index interp. sL*, y *Suppl. sL*.

20. Este pasaje ha sido fuertemente criticado a partir de S. SOLAZZI, *Dote e nascituru nella «missio in possessionem»*, en *RIL* 49 (1916) p. 312 ss., quien, en su artículo hace las siguientes objeciones al texto: la *missio in possessionem ventris nomine* no pertenece a los casos de *missiones in possessionem*, ya que, mientras las *missiones in possessionem rei servandae causa, legatorum servandorum causa* y *damni infecti nomine* son sólo *in possessionem*, es decir, únicamente implican la *custodia et observantia* del «proceso ejecutivo» (p. 314), en aquella el *venter* obtiene la *bonorum possessio*. Así, para Solazzi, la denominada *missio in possessionem ventris nomine* estaría indebidamente interpolada no sólo en nuestro pasaje, sino también en D. 1,21,4,1; D. 41,2,3,23 (cfr. infra en esta sede 2 iv y n. 74), D. 42,4,12 (cfr. infra en esta sede 2 iv y n. 75); D. 43,4,1,2 (cfr. infra V 5 n. 214); D. 43,4,3,2 (cfr. infra V 9 ii n. 245), y D. 10,3,7,9. Por otra parte, Solazzi (p. 320 s.) justifica la no mención en nuestro texto de la *missio dotis servandae causa* y la *missio in bona eius qui vindicem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur* con la consideración de que ambas eran casos de *missio in possessionem rei servandae causa* (pero cfr. infra en esta sede n. 51) o quizá también, para la primera, porque no se dio ningún edicto sobre ella. Solazzi (p. 320) propone esta corrección al pasaje: *Tres (fere?) causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei servandae causa, legatorum servandorum gratia, et damni infecti nomine si non caveatur, quo casu fit missio in rem tantum, de qua damnum timetur*. La crítica de Solazzi respecto a la *missio in possessionem ventris nomine* y que para él sería una *bonorum possessio*, es completamente descabellada. En efecto, este autor no

la *missio in possessionem damni infecti nomine* con la circunstancia de que ésta, a diferencia de aquéllas, sólo recae sobre la cosa que amenaza daño y no sobre todo un patrimonio. En efecto, la jurisprudencia distinguía, por un lado, aquellos casos de *missio in possessionem* en los cuales ésta recaía: i) sobre una herencia exclusivamente (que es un patrimonio), para la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*²¹; ii) sobre una herencia exclusivamente (que es un patrimonio)

distingue la *missio in possessionem ventris nomine* que se le concede a la mujer viuda encinta (o, en general, a la pariente agnada del *de cuius*, en la misma situación de gravidez), según la terminología de la última jurisprudencia clásica (cfr. infra n. 131), o directamente al *nasciturus* o *venter*, según la terminología de la primera jurisprudencia clásica (cfr. infra n. 132), en primer lugar, para que el *nasciturus* llegue a nacer (D. 37,9,1,15: *...partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familia inducatur*; de allí que se le conceda a la mujer viuda embarazada o al *venter* o *nasciturus* —que no puede ser heredero porque es una *portio mulieris*— esta *missio in possessionem* incluso contra la voluntad expresa del testador en el caso de que éste hubiese desheredado al *nasciturus*; cfr. D. 37,9,1,2/3/4/5), y, en segundo término, para proteger la expectativa hereditaria del *nasciturus*, de la *bonorum possessio sine tabulis* o *contra tabulas* que se le otorga únicamente al ya nacido, como muy bien distinguen D. 5,2,6 pr.; D. 25,4,1,10; D. 26,5,20 pr.; D. 26,7,48; D. 37,9,1,11 y D. 38,17,2,11. En otros términos, la *missio in possessionem ventris nomine* que se le concede a la mujer viuda encinta es la protección pretoria al *nasciturus*, si el feto llega a nacer y es viable, entonces se procede a la *bonorum possessio*, ora *sine tabulis* ora *contra tabulas*, y con más razón *secundum tabulas* si el *de cuius* instituyó al *nasciturus* (D. 5,2,6 pr.) a favor del nacido, no de la madre, o se procede a la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* a favor del nacido si se le entabla controversia sobre su filiación. *Bonorum possessio* esta que perdurará hasta la pubertad del *suus* nacido, momento hasta el que se aplaza dicho juicio de filiación y, naturalmente, el hereditario (cfr. infra n. 60 sobre la confusión de esta *bonorum possessio ex edicto Carboniano* con una *missio in possessionem*). Por esta razón, los Compiladores sitúan el título 9 del libro 37 del Digesto: *De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*, como un apéndice, entre otros, de la *bonorum possessio contra tabulas*. La duda de Solazzi respecto al adverbio *fere* de nuestro pasaje no tiene razón de ser, pues con dicho término Ulpiano nos indica prudentemente que no pretende darnos una clasificación taxativa de las *missiones in possessionem*, sino meramente enunciativa de las mismas. Vid. la reseña de KUEBLER, *Uebersicht über die italienische Rechtsliteratur*, en SZ 45 (1925) p. 584, quien no se pronuncia sobre las distintas afirmaciones de Solazzi. Sobre la aceptación, por la doctrina, de la tesis de Solazzi cfr. infra n. 60

21. Que esta *missio in possessionem* sólo recae sobre la *hereditas* nos lo dicen expresamente algunos textos: D. 36,3,1,2. *bonis defuncti.*; D. 36,3,5,1:

y no sobre el patrimonio propio del coheredero, para la *missio in possessionem ventris nomine*²²; iii) sobre todo un patrimonio o una herencia (que es un patrimonio) para la *missio in possessionem rei servandae causa*²³; por otro lado, aquella *missio in possessionem* que recae tan sólo sobre un inmueble que amenaza daño por *vitium aedium* o *vitium loci*: la *missio in possessionem damni infecti nomine*²⁴. Como es sabido, la doctrina, hasta el presente, ha pretendido reservar la denominación de *missio in bona* para aquellos casos en que el embargo recae sobre todo un patrimonio y el de *missio in possessionem* cuando recae sobre un bien determinado. Sin embargo, como hemos visto, las

... in omnium rerum possessione, quae in causa hereditaria permanent...; D. 36,4,5,5: *... rerum hereditariarum omnimodo veniet...*; D. 36,4,5,22: *... rebus hereditariis missi in possessionem...*; D. 36,4,8: *... restituta hereditate in earum quoque rerum possessionem...*; D. 36,4,10: *Si nullae sint res hereditaria in quas ... mittantur*, y D. 36,4,13: *... omnium bonorum quae ex ea hereditate sunt* . . En el caso de la sustitución hereditaria pupilar (D. 36,4,5,12), cuando el impúber muere antes de llegar a la pubertad y se decreta la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* contra el sustituto heredero a cuyo cargo corren los legados, dicha *missio in possessionem* recae, no sobre la herencia del *paterfamilias* del impúbero, sino sobre todo el patrimonio del impúber, pero aquí, y respecto al sustituto pupilar, también es una *hereditas*, y sobre ella será la *missio in possessionem*, no sobre el patrimonio propio del sustituto pupilar. En cambio, la *missio Antonianiana* sí recae sobre todo el patrimonio del heredero además de la herencia (D. 36,4,5,16 y PS. 4,1,17). Se suele hablar así de *missio in bona hereditatis legatorum servandorum causa*, sin embargo no conviene usar este giro de *missio in bona hereditatis*, porque, por un lado, no es exclusivo de la *missio in possessionem* de los legados el hecho de que dicha *missio in possessionem* recaiga sobre una herencia y, por otro lado, el giro *missio in bona* no se puede aplicar a este tipo de *missio in possessionem*, como veremos más adelante.

22. Así se deduce de D. 25,6,1,6: *... vel coheredi ... ab intestato*; D. 25,6,1,8: *... exclusus sit hereditate ... adeundo hereditatem institutus heredi suo locupletio-rem hereditatem suam relinqueret .. in hereditate*; D. 25,6,1,9: *heres eius .. pretium hereditatis*; D. 37,9,7,1: *... qui cum liberis admittitur. ceterum si mittatur unde legitimi ...* Cfr. infra n. 60.

23. Cfr. textos supra n. 4. Sin embargo, como veremos más adelante, no es éste el criterio diferenciador definitivo.

24. Cfr. D. 7,1,7,1; D. 11,1,20,2; D. 23,5,1 pr.; D. 39,2,4,1; D. 39,2,9,4; D. 39,2,10; D. 39,2,13,2; D. 39,2,13,6; D. 39,2,13,7; D. 39,2,13,11; D. 39,2,15,11; D. 39,2,15,12; D. 39,2,15,13; D. 39,2,15,14; D. 39,2,15,18; D. 39,2,15,34; D. 39,2,18,2; D. 39,2,18,4; D. 39,2,18,5; D. 39,2,18,6; D. 39,2,18,7; D. 39,2,18,12; D. 39,2,19,1; D. 39,2,20; D. 39,2,22 pr.; D. 39,2,23; D. 39,2,24,2; D. 39,2,24,10; D. 39,2,38,1; D. 39,2,40,4; D. 39,2,44 pr., y D. 41,2,30,2.

missiones in possessionem legatorum servandorum causa y *ventris nomine* recaen ambas sobre un patrimonio (herencia) sin que por ello reciban, en las fuentes, la denominación de *missiones in bona*. Por tanto, dicho criterio de diferenciación no es correcto. Por otra parte, así como la denominación técnica de las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa*, *ventris nomine* y *damni infecti nomine* no ha presentado ambigüedad para la romanística, el contenido y efecto de la *missio in possessionem rei servandae causa*, en cambio, si ha sido bastante controvertido en la doctrina contemporánea. Todavía M. Kaser²⁵, que recoge toda la literatura sobre el tema de las *missiones in possessionem*, afirma que el término *missio in possessionem rei servandae causa* designaba sólo la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores aunque, según este autor, aquélla expresión no era consistente en el uso del lenguaje jurídico. Kaser sigue la opinión del gran estudioso del tema del concurso de acreedores, S. Solazzi²⁶, quien se pronuncia de esa forma dubitativa: la expresión designa a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores aunque, según él, en D. 41,2, 3,23 el jurista Q. Mucio Escévola también nombraba con nuestro término otras *missiones in possessionem*²⁷. En general, la romanística, a partir de Solazzi, viene arrastrando esta indecisión sobre la expresión²⁸.

25. M. KASER, ZPR. p. 302 y n. 18, y p. 334 y n. 9.

26. S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano I-IV* (Napoli, 1937, 1938, 1940 y 1943) I p. 33 s.

27. Sobre este texto y las discusiones en torno al mismo, vid. infra en esta sede 2 iv y n. 74.

28. Así, G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e possesso, en *Studi in onore di S. Solazzi* (Napoli, 1948) p. 485, llega a decir que «... le parole *rei servandae causa*..., se potevano e possono riferirse genericamente alla immissione *legator, serv. causa*...», pero «... non potevano alludere alla *missio d. inf.*, che invece ha caratterè penale...». Para la primera afirmación, el autor argumenta con base en D. 42,4,12 y D. 33,1,9 de Pomponio y Papiniano, respectivamente, pero, sobre el primer texto cfr. infra en esta sede 2 iv y n. 75, y sobre el segundo cfr. infra n. 35; W. W. BUCKLAND, *A text-Book of Roman Law* 3.^o ed. (Cambridge, 1963) p. 724: «In a certain sense, all *missio* is *rei servandae causa*; but the name is specially applied to cases in this group, that of *iudicatus* or *condemnatus*, *latitans*, *indefensus*, deceased insolvent without a *heres*, one who has made *cessio bonorum*, and *qui capitali crimine damnatus est*. The ultimate effects of this *missio* have been considered; it might result in *bonorum venditio*, but in some cases the decree led to the appointment of a *curator* and to a limit right of sale or no such right at all, as in the case of persons of senatorian rank or *pupilli*».

Por nuestra parte, con base en las fuentes y aplicando un criterio palingenésico, hemos establecido lo siguiente: para designar aquellos casos de *missio in possessionem* en los cuales se trata del embargo de un patrimonio e incluso de una herencia que también es un patrimonio, pero en ambos casos con un efecto especial y único de este

indefensus» y, en el mismo sentido del anterior autor, H. F. JOLOWICZ, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (Cambridge, 1954) p. 237 n. 7. En cambio, URSICINO ALVAREZ-SUÁREZ, *Curso de Derecho Romano I* (Madrid, 1955) p. 497, parece identificar las *missiones in possessionem rei servandae causa* como aquellas que tienen por finalidad servir de garantía al *missus in possessionem* y al mismo tiempo constituyen un medio coactivo para vencer la resistencia de otra persona a realizar algún acto. Para P. F. GIRAD, *Manuale elementare di diritto romano*, trad. de C. Longo de la 4ª ed. franc. (Torino, 1909), p. 1060 s. y n. 1 «*Missio in bona* La *missio in bona rei servandae causa* è pronunciata dal pretore per provocare il pagamento o l'assunzione del giudizio in casi avariatissimi, non solo quando l'esecuzione personale è possibile (debitore giudicato, *confesus certa pecuniae*, etc.), ma anche quando essa è impossibile (debitore assente che non ha potuto essere condannato, debitore morto senza eredi, debitore colpito da una condanna capitale, forse debitore che ha fatto la cesione dei beni, etc.)». Parecen limitar la *missio in possessionem rei servandae causa* a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*³ (Milano, 1954) p. 654: «L'esecuzione patrimoniale si apre con un provvedimento del magistrato, che immette il creditore nel possesso di tutti i beni del debitore, a scopo di vigilanza e di garanzia (*missio in bona rei servandae causa*)», y p. 658: «a) *missio in bona rei servandae causa*, che inizia il procedimento esecutivo contro l'*indefensus* o chi, riconosciuto debitore da una sentenza di condanna, non adempia il giudicato», y J. IGLESIAS, *Derecho Romano Instituciones de derecho privado*⁶ (Barcelona, 1972) p. 214 s., «En el caso de ser varios los acreedores, podían sumarse todos a la posesión de los bienes —*missio in rem*—, cuyo efecto no era otro que el de la conservación o guarda de aquéllos —*missio in bona rei servandae causa*—» Nuevamente generalizan el significado del término, J. ARIAS-RAMOS, *Derecho Romano*⁴ (Madrid, s/f) p. 190. «... algunas —dice el autor refiriéndose a las *missiones in possessionem*— se otorgaban solamente *rei servandae causa*; pero otras daban al *missus* facultades más amplias que las de la mera custodia de la cosa»; F. BOZZA, *D 41,2,3,23 e la classificazione dei «genera possessionum»*, en *Synthese Arangio-Ruiz II* (Napoli, 1964) p. 620. «... sotto il genus 'si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus' Mucio poneva non solo quella dei creditori, che in seguito ebbe quasi esclusivamente per sé la qualifica di '*rei servandae causa*', ma tutti i casi in cui il pretore assegnava a qualcuno il possesso di una cosa o di un patrimonio per salvaguardare gli interessi di colui al quale era concesso». En cambio, P. FUENTESECA, *Derecho Privado Romano* (Madrid, 1978) p. 75, se refiere a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores con la expresión *missio in bona rei*

tipo de *missio in possessionem*, tanto el Pretor en su Edicto²⁹, como la jurisprudencia en sus comentarios³⁰, e igualmente los magistrados en sus actos legislativos³¹ y, como no podía dejar de ser, tam-

servandae causa, y parece reservar el término *missio in possessionem rei servandae causa* para designar el efecto de mera detentación que concederían todas las *missiones in possessionem* a partir del siglo II d. C. (p. 82). Por su parte, M. J. GARCÍA-GARRIDO, *Derecho Privado Romano I. Instituciones* (Madrid, 1979) p. 147, identifica la *missio in possessionem rei servandae causa* como una especie del género *missio in possessionem decretalis* que «concedía una mera detentación de los bienes para su conservación y administración»; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia, 1953) p. 585, s.v. *missio in possessionem (bona) rei servandae causa*. «Decreed by the praetor in various circumstances during a trial: when the defendant was absent...», y, últimamente, X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 99, 101, 102, 104 y passim, quien habla, en general, al lado de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores de «los otros supuestos de *missio rei servandae causa*». Cfr. infra n. 33 sobre la ambigüedad en el empleo de este término en Lenél.

29 Las cláusulas edictales que se nos conservan son las siguientes: D. 42, 4,2 pr. (Ulp. 5 *ad ed*): «*Praetor ait: in bona eius, qui iudicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui facie neque defenderetur, iri iubebo*»; D. 42,4,5,2 (Ulp. 59 *ad ed*): «*Ait Praetor: Si is pupillus in suam tutelam venerit eave pupilla viripotens fuerit et recte defendetur: eos, qui bona possident, de possessione decedere iubebo*»; D. 42,4,6,1 (Paul. 57 *ad ed*): «*Cum dicitur: et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus, veneant, praeterquam pupilli et eius, qui rei publicae causa sine dolo malo a fuerit*»; D. 42,4,7,1 (Ulp. 59 *ad ed*): «*Praetor ait: qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitratu non defendetur, eius bona possideri vendique iubebo*», y D. 42,5,9 pr. (Ulp. 62 *ad ed*): «*Praetor ait: Si quis, cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit...*». Obsérvese que de las anteriores cláusulas, sólo la tercera (D. 42,4,6,1) corresponde a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores. Igualmente, obsérvese también como cada caso concreto de *missio in bona* aparece explicado con verbos de acción, característica de la jurisprudencia clásica en su estilo de expresar su pensamiento, a diferencia del derecho romano tardío que preferirá los sustantivos formados sobre el verbo (deverbativos) para designar la institución abstracta. Dentro de este marco lingüístico se inserta nuestro término *missio in possessionem rei servandae causa*

30. Cfr. D. 8,5,18; D. 9,4,26,6; D. 29,2,70,2; D. 39,2,45 (?) (en relación con D. 8,5,18 según A. d'ORS, *DPR*⁴ p. 137 n. 5; pero cfr. infra n. 60); D. 42,4,2,1; D. 42,4,3,3; D. 42,4,7,2; D. 42,4,7,3; D. 42,4,7,5; D. 42,4,7,10; D. 42,4,7,15; D. 42,4,7,16; D. 42,4,7,17; D. 42,4,7,18; D. 42,4,8; D. 42,5,8,1; D. 42,5,8,4; D. 42,5,12 pr.; D. 42,5,13; D. 42,5,31,3; D. 42,5,33,1; D. 43,29,4,3, y Gai. 3,79; 4,102

31. Cfr. *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, c. 22 líneas 45-54: *praetorque isve*

bién las fuentes literarias ³², emplean exclusivamente la expresión *missio in bona* matizando cada caso concreto. Sólo a mediados del siglo II d. C. aparece este que podemos calificar como neologismo jurídico de *missio in possessionem rei servandae causa* en boca del jurista C. Venuleyo en su obra *de interdictis*. Dice este jurista en D. 44,3,15,4 (*lib.* 5):

*quei de eis rebus Romae iure deicundo praerit in eum et in heredem eius de eis rebus omnibus ita ius deicito decernito eosque duci bona eorum possideri proscribere iubeo ac sei is heresve eius de ea re in iure apud eum praetorem eumve quei Romae iure deicundo praesset, confessus esset aut de ea re nihil respondisset neque se iudicio utei oportuisset defendisset; dum ne quis de ea re nisi praetor isve quei Romae iure deicundo praerit eorum quovis bona proscribere iubeo duceique eum iubeat; lex Iulia [tabulae Heraclensis, dicta] Municipalis, líneas 116-117: quovisve bona ex edicto eius, quei iure deicundo praefuit praefuerit, praeterquam sei quovis, quem pupillus esset reive publicae causa abesset neque dolo malo fecit fecerit quo magis rei publicae causa abesset, lex Acilia repetundarum, línea 57: iudex quei eam rem quaesierit earum rerum, quei ex h. l. condemnatus erit, quaestori praedes facito det de consili maioris partis sententia, quantei eis censuerint; sei ita praedes datei non erunt, bona eius facito publice possideantur conquireantur veneant, y lex Latina tabulae Bantinae, 2, 11-12: Sei condemnatus erit, quanti condemnatus erit, praedes ad quaestorem urbanum det, aut bona eius publice possideantur facito ... Cfr. para estas leyes BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui* (reimp. Aalen, 1969). Sobre el tema de la jurisdicción municipal en relación con las anteriores leyes, vid. G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano* (Torino, 1970) p. 105; L. DI SARLO, *Missio in possessionem e proscriptio*, en *Studi in memoria di E. Albertario I* (Milano, 1953) p. 477 ss. y, últimamente, W. SIMSHEUSER, *Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien* (München, 1973) p. 168 n. 75; p. 171 n. 81 y p. 221.*

32. Cfr. Cic. *pro Quinct.* 25 ss.: *Postulat a Burrieno praetore Maevius ut ex edicto bona possidere liceat: iussit bona proscribi eius quicum familiaritas fuerat...*; 30 ss.: *Quod ab eo petat ex edicto praetoris bona dies XXX possessa sint Non recusabat Quinctius quin ita satis dare iubetur, si bona possessa essent ex edicto...*; *Si bona sua ex edicto P. Burrieni praetoris dies XXX possessa non essent...*; *bona sua ex edicto possessa esse...*; 45: *Quincti bona, inquit, ex edicto praetoris possessa sunt*; 60 ss.: *Attende nunc ex edicto praetoris bona P. Quincti possideri nullo modo potuisse Recita edictum Qui fraudationis causa latitant. .; Quo tempore existimas oportuisse, Naevi, absentem Quinctium defendi aut quo modo? tunc cum postulabas ut bona possideres?...*; 73: *... ex edicto te bona P. Quincti non possedisse concedas. Etenim si ex edicto possedisti, quaero cur bona non venierint, cur ceteri sponsores et creditores non convenerint: nemone fuit cui deberet Quinctius?*; 84: *Si ex edicto praetoris bona P. Quinctius possessa non sunt*; Id. *ad Att.* 6,1,15: *... alterum, quod sine edicto satis commode transigi non potest. de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, vendendis, magistris faciendis,*

Item danda est accessio cum eo, quod apud pupillum fuit, a cuius tutore, cum is tutelam eius administraret, emisti. idemque in eo, qui a curatore pupilli furiosive emerit, servandum est: et si ventris nomine aut eius, *quae rei servandae causa in possessionem esset dotis suae nomine*, deminutio facta sit. nam id quoque temporis accedit³³.

Que Venuleyo emplea el término como sinónimo de *missio in bona (mariti propter dotem)*, lo prueba el hecho de que el jurista Marcelo, contemporáneo del autor de nuestro neologismo, continúa designando el mismo supuesto de *missio in bona* con la expresión tradicional. En efecto, se dice en D. 46,3,48 (Marcell resp):

quae ex edicto et postulari et fieri solent: Id Verr 2,59: Insimulant hominem fraudandi causa discessisse; postulant ut bona possidere iubeat; Liv 38,60,8. In bona deinde L Scipionis possessum publice quaestores praetor misit Incluso el gramático Valerio Probo, *De iure notarum*, nos da esta sigla B.E.P.P.V.Q.I. = *bona ex edicto possideri proscribi veniriue iudebo*; sobre la misma cfr LENEI, *FP.*³ p 413 y n 2

33 Curiosamente el mismo Venuleyo, en el libro 4 de su obra *de interdictis*, todavía emplea la expresión tradicional *missio in bona* para referirse al caso de la *missio in bona eius qui fraudationis causa latitabit*. Dice así este jurista en D. 43,29,4,3. *Creditori non competit interdictum, ut debitor exhiberetur. nec enim debitorem latitantem exhibere quisquam cogitur, sed in bona eius ex edicto praetoris i t u r* Por tanto, debió de haber sido en el tránsito del libro 4 al 5 el momento en que Venuleyo acuñó el término. Naturalmente, nuestro pasaje (D 44,3,15,4) no ha sido criticado en lo que respecta a nuestro neologismo. Por su parte, LENEI, *EP.*³ tít. XX. *de re uxoriae*, p. 302 s., no incluye esta *missio in bona mariti propter dotem* de D. 44,3,15,4 en el Edicto ya que «von der öfter erwähnten *missio dotis servanda causa* finde ich in den Kommentaren zu unsern keine Spur» y agrega que «sie war wahrscheinlich nur in ein Anwendungsfall der allgemeinen *missio rei servandae causa* der Gläubiger», y en el mismo sentido A BERGER, *Encyclopedic Dictionary* cit. p. 584 s v *missio in possessionem dotis servandae causa*. «One of the cases of the *missio in possessionem rei servandae causa* It was granted a divorced wife or a widow in order to secure her claim for the restitution of the dowry». Quizá el jurista Ulpiano, en algún momento, pretendió matizar nuestro neologismo *missio in possessionem rei servandae causa*, mirando sus distintos casos bajo otro criterio casi general y unificador de los mismos: el que casi todos ellos respaldaban un derecho de crédito y por ello habla en D 29,4,1,9 (50 ad ed.) de *missio in possessionem crediti servandae causa*; aunque el giro exacto que allí aparece es éste: .. *vel si proponas eum crediti servandis causa venisse in possessionem* .. que, en nuestra opinión, no debemos circunscribir al caso de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores.

Titia cum propter dotem bona mariti possideret, omnia pro domina egit, reditus exegit et moventia distraxit: quaero, an ea, quae ex re mariti percepti, in dote ei reputari debeant... ³⁴.

En cambio, el neologismo va a recibir el espaldarazo por parte del jurista Papiniano, quien lo asume en su vocabulario jurídico también como sinónimo de *missio in bona*, pero en su caso para referirse, en sentido negativo, a la *missio in bona eius qui fraudationis causa latitabit*. D. 15,1,50 pr. (Pap. 9 quaest).:

Eo tempore, quo in peculio nihil est, pater latitat: in bonorum possessionem eius rei servandae causa mitti non possum, qui de peculio cum eo acturus sum, quia non fraudationis causa latitat qui, si iudicium acciperet, absolvi deberet .. ³⁵.

A principios del siglo III d. C. nuestro neologismo ya tendrá una

34. Fuera de los dos fragmentos anteriores, sólo D. 6,1,9; D. 50,1,26,1 y CJ. 7,72,8, tratan de este tipo de *missio in bona* y de ellos, los dos últimos emplean nuestro neologismo. Nuestro fenómeno lingüístico, aparte de desorientar a Lenel (cfr. supra n. 33), también confundió a S. SOLAZZI, *Dote e nascituro* cit. p. 320 s., quien con base en este tipo de *missio in bona* y por la bifurcación terminológica con que se nos presenta en las fuentes una misma institución, pretendió establecer diferencias entre las *missiones in bona* y la *missio dotis servandae causa*. Más desorientado queda E. RABEL, en SZ 46 (1926) p. 481, quien al no encontrar citada esta *missio in bona* en el catálogo de D. 42,4,1 llega a dudar de su existencia o «... freilich auch, dass sie unter eine *m. rei s. c.* in einem weiteren Sinn gerechnet wurde». Sobre esta *missio in bona*, cfr. infra n. 51.

35 No se piense que el mismo Papiniano da un sentido diferente al neologismo en D. 33,1,9 (*resp.*): *Fundus, quem pater familias libertis legatorum nomine, quae in annos singulos relinquit, pignus esse voluit ex causa fideicommissi r e i s e r v a n d a e g r a t i a recte petetur. Paulus notat: hoc admittendum est et in aliis rebus hereditariis, ut et in eas legatarius mittatur*, porque aquí Papiniano no habla de la *missio in possessionem legatorum [vel fideicommissorum] servandorum causa*, sino de la acción real para reclamar el legado Así como tampoco, el mismo Papiniano, en D. 36,3,5,1 (28 quaest.): *... fideicommissi servandi gratia...*; D. 36,3,5,3: *... fideicommissi servandi causa caveri...*, y D. 36,3,5,4: *... fideicommissi servandi causa*, pues en estos pasajes Papiniano está hablando de la *cautio legatorum [vel fideicommissorum] servandorum gratia* y no de la *missio in possessionem legatorum [vel fideicommissorum] servandorum causa*. Sobre *servandorum causa* y *servandorum gratia* (ó *nomine*) en las *missiones in possessionem* y en las *cautiones*, cfr. infra en esta misma sede 4.

aceptación generalizada a través de Paulo³⁶ y Ulpiano³⁷, discípulos de Papiniano. Por las fuentes disponibles, de aquellos dos juristas quien hace un manejo más prolífico, seguro y sistemático de dicho neologismo es Ulpiano, aunque ninguno de los dos juristas abandona definitivamente la tradicional expresión de *missio in bona*³⁸. Todavía en el postclásico Hermogeniano nos encontramos empleado el término en su significado correcto, para la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores. D. 36,4,11,1 (Hermog. 4 iur. epit.):

*Si rei servandae causa in possessionem missus esset proprius creditor heredis et rei per fideicommissum mihi relictæ adeptus fuerit, nihil me per eum laedi oportere convenit, non magis quam si ab ipso herede eam rem pignori accepisset*³⁹.

Por tanto, creemos haber demostrado suficientemente cómo los términos *missio in bona* (acompañado del giro verbal correspondiente) y *missio in possessionem rei servandae causa* (deverbativo) tienen un valor exactamente equivalente, es decir, ambos designan el embargo de todo un patrimonio y en donde, en el neologismo, la palabra *res* no significa «cosa» sino «patrimonio»⁴⁰, aunque no es aquél el criterio diferenciador definitivo respecto a las otras *missiones in possessionem*.

36 Cfr. D. 41,2,3,23; D. 42,1,51,1, y D. 50,1,26,1.

37 Cfr. D. 10,4,5,1; D. 26,10,7,2; D. 29,4,1,9; D. 36,4,5,2; D. 36,4,5,4; D. 41,2,10,1; D. 42,4,3 pr.; D. 42,4,5 pr.; D. 42,4,7 pr.; D. 43,4,1,1; D. 43,4,1,2, y D. 43,17,3,8

38. Así, para Paulo: D. 9,4,26,6 y D. 42,5,12 pr., y para Ulpiano: D. 29,2,70,2; D. 42,4,2,1; D. 42,4,3,3; D. 42,4,7,2; D. 42,4,7,3; D. 42,4,7,5; D. 42,4,7,10; D. 42,4,7,15; D. 42,4,7,16; D. 42,4,7,17; D. 42,4,7,18; D. 42,4,8; D. 42,5,31,2, y D. 42,5,33,1.

39. Tampoco en este texto ha sido objeto de crítica nuestro neologismo, cfr. *Index Interp. sl*. En este pasaje, como en otros de la compilación jurisprudencial, se plantea el tema de la concurrencia de las *missiones in possessionem*; tema que por su entidad propia estudiamos en trabajo aparte; cfr. F. BETANCOURT, *Problemas de concurrencia de «missiones in possessionem»* (en prensa).

40. Cfr. D. 50,16,5 pr. Curiosamente, tanto Paulo como Ulpiano, una sola vez cada uno, caen en la tautología de hablar de «bona» y «res» conjuntamente: D. 42,4,8 (Ulp. 60 ad ed). *bona rei servandae causa possidere*, D. 50,1,26,1 (Paul. 1 ad ed): .. *bona rei servandae causa iubere possidere...*, en donde *bona* es complemento de *possidere*, pero con ello no hacen más que alterar el neologismo: *missio in possessionem rei servandae causa*. En la misma tautología suelen

Consecuentemente, dado que el término *missio in possessionem rei servandae causa* es un neologismo que aparece no antes de la redacción definitiva del Edicto por Salvio Juliano, dicha expresión debe eliminarse de todo intento de reconstrucción del mismo ⁴¹.

Una vez establecido el origen del término *missio in possessionem rei servandae causa*, que hemos identificado, hasta ahora, con aquellos casos de *missio in possessionem* que recaen sobre todo un patrimonio, es decir, conservando el mismo contenido que su antecesora *missio in bona*, sin embargo, dicha peculiaridad no resulta definitiva, porque se nos presentan casos de *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa*, como veremos más adelante, en los cuales el embargo sólo recae sobre una herencia y no sobre todo el patrimonio del embargado, al igual que ocurre en las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*. Ahora bien, en nuestra opinión, el criterio diferenciador definitivo entre las *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa* de las otras *missiones in possessionem* es el de que todas aquéllas conducen a una *venditio bonorum*, ya sea inmediata o diferida ⁴². De allí precisamente el que las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*, a pesar de recaer sobre un patrimonio (herencia) nunca recibían en las fuentes la denominación de *missiones in bona*, sino la de *missiones in possessionem*, ya que nunca conducen a una *venditio bonorum* inmediata o diferida. Para presentar un cuadro lo más exhaustivo posible de las *missiones in possessionem* y en el cual veamos dicho

caer algunos autores contemporáneos: S. SOLAZZI, *Questioni sulla «missio in bona rei servandae causa»*, en *Scritti dedicati ed offerti a G. P. Chironi* I (1915) p. 581 y p. 597; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano* ³ cit. p. 655 y p. 658, y M. KASER, *ZPR* p. 164. Sobre el concepto de *bona* vid. D. 50,16,49 y D. 50,16,208.

41 Así, cuando LENEL, *EP.* ³ p. 415 reconstruye la cláusula edictal de la *missio in bona quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur*: «*Quod cum pupillo contractum fuerit, si eo nomine non defendetur, in bona eius possideri iubebo*», en vez de: *eius rei servandae causa bona eius possideri iubebo*

42. Sobre la *bonorum venditio*, vid. la amplia bibliografía existente, aunque desafortunadamente, demasiado circunscrita a la de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores. Así, V. ARANGIO-RUIZ, *Sul fr. 5 D. «De curatore bonis dando»* [42,7], en *Studi Giuridici in onore di C. Fadda* I (Napoli, 1906) p. 311 ss.; ROTONDI, *Una nuova ipotesi in materia di «bonorum venditio»*, en *Scritti Giuridici III* (Milano, 1922) p. 1 ss. [= *Filangieri* 36 (1911) p. 164 ss.]; CARRELLI, *Per*

efecto de las *missiones in bona*, tomamos como base el artículo de E. Weiss⁴³; estudio que, a pesar de haber pasado inadvertido en la doctrina, y en el cual el autor tampoco identifica plenamente el significado de nuestro neologismo *missio in possessionem rei servandae causa*, ya que también él, dubitativamente, lo circunscribe a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, nos presenta un visión

*una ipotesi sull'origine della «bonorum venditio», en SDHI. 4 (1938) p. 429 ss.; Id., Ancora sull'origine della «bonorum venditio», en SDHI. 10 (1944) p. 302 ss.; COSENTINI, Sui limiti d'applicabilità della «bonorum distractio ex edicto», en SDHI. 11 (1945) p. 1 ss.; M. F. LEPRI, I §§ 9-12 del D 42,4,7 (Appunti in tema di bonorum distractio), en Scritti in onore di C. Ferrini II (Milano, 1947) p. 99 ss.; SCHERILLO, La «bonorum venditio» come figura di «successio», en IURA 4 (1953) p. 205 ss.; L. DI SARLO, «Missio in possessionem» e «proscriptio» cit. p. 477 ss.; S. SOLAZZI, In tema di «bonorum venditio», en IURA. 6 (1955) p. 78 ss. [= Scritti di diritto romano V (Napoli, 1972) p. 609 ss], y, M. TALAMANCA, La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano, en Studi in onore di P. De Francisci II (Milano, 1956) p. 239 ss. La doctrina romanística del siglo pasado parece preocuparse más del efecto adquisitivo que determina la *bonorum venditio*, es decir, de la *bonorum emptio*. De allí que todavía LEONHARD, RE III 1 (1897), s.v. *bonorum emptio* col. 705 ss., hable desde esa perspectiva, a pesar de que en las fuentes aparece avalada sistemáticamente la expresión *bonorum venditio*, de la que el mismo Leonhard no puede escapar. Vid. bibliografía de esa época en este autor col. 708. Cfr RE VIII A, 1, s.v. *Venditio bonorum* col. 697, donde se remite a la expresión *bonorum emptio*. Aquella perspectiva no es más que la justiniana que sitúa la *bonorum emptio* como uno de los antiguos modos de adquirir una universalidad patrimonial *inter vivos*. Indudablemente, en la época postclásica y con la *cognitio extra ordinem*, el efecto propio de todas las *missiones in bona*, cual es el de la *venditio bonorum*, ya sea inmediata o diferida, parece haber caído en desuso, y de allí que los compiladores justinianos hayan dejado bastante desdibujado este efecto que es el que realmente caracteriza a las *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa* y las diferencia de las *missiones in possessionem* propiamente dichas. Lo anterior se puede deducir de Inst 3,12 pr. *Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem successiones qualis fuerat bonorum emptio, quae de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta et tunc locum habebat, quando iudicia ordinaria in usu fuerunt. sed cum extraordinarius iudicis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt et tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere et prout eis utile visum fuerit ea disponere, quod ex latioribus digestorum libris perfectius apparebit**

43. E. WEISS, RE XV 2, s.v. *missio in possessionem*, col. 2053 ss.

sistemática y completa de las *missiones in possessionem*, tanto edictales como no-edictales, y que la doctrina denomina *decretales*⁴⁴.

A) *Missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa* que conducen a una *venditio bonorum* inmediata o diferida:

1) *Missio in bona debitoris* del concurso de acreedores⁴⁵.

2) *Missio in bona quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur*⁴⁶.

44. También resultan provechosas las exposiciones de M. KASER, *ZPR* p 302 s. y n. 18 (bibliografía *ibid.*), y W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law* cit p. 724 ss. En cambio, poco útil es el artículo de G. LONGO, *Missio in bona (in possessionem, in rem)*, en *NNDI X*, s.v. p. 767, donde el autor perturba la terminología con la expresión *missio in bona legatorum servandorum causa*, completamente extraña a las fuentes

45. Téngase en cuenta que esta *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores sólo procede cuando hay una sentencia firme; sentencia que se ejecuta precisamente con este expediente pretorio. En LENEL, *EP*³ p. 413, la identificamos bajo la rúbrica *Qui iudicatus prove iudicatus erit, quive ita ut oportet detensus non erit*. E. WEISS, *RE. XV 2*, s.v. cit. col. 2055, quien erróneamente la identifica exclusivamente con la «*missio in bona rei servandae causa*», donde el giro *bona rei*, como decíamos anteriormente, resulta tautológico; cfr. supra n. 40. Se habla de *bonorum venditio* en general, es decir, sin concretar casos de *missiones in bona*, en Gai. 2,98; 3,80, y 3,81. En cada una de las *missiones in bona* daremos las fuentes que apoyan nuestra opinión de que aquéllas son las que conducen a una *bonorum venditio* inmediata o diferida. Cfr. *VIR.* s.v. *bona* col 577 L. 30 ss; *veneunt*, col. 578 L. 20 ss.; *vendere*, col. 581 L. 11, y, *venum dare*, col. 581 L. 18 ss. Para la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, D. 12,2,9,5; D. 16,3,7,2; D. 26,7,55,4; D. 27,10,9; D. 28,8,8; D. 30,114,14; D. 31,69,1; D. 42,1,51 pr. (cfr. infra V 2); D. 42,3,3; D. 42,3,5; D. 42,3,6; D. 42,4,14,2; D. 42,5,9,3; D. 42,5,16; D. 42,5,24,2; D. 42,6,1,9; D. 42,6,3 pr; D. 42,6,5; D. 42,6,38; D. 42,7,2,1; D. 42,8,6,13; D. 42,8,10,9; D. 46,5,5; Gai 3,77; 3,78; 3,79; 3,84; 3,154, y 4,35.

46. LENEL, *EP.*³ p. 415. E. WEISS, *RE. XV 2*, s.v. cit. col. 2057, con base en D. 42,4,3 pr., parece limitarla a una mera *possessio* (en el sentido de *custodia et observantia*): «Diese M. führt nur zur Besitz der Sachen des *pupillus* bis zum seiner Mündigkeit» y, en el mismo sentido, W. W. BUCKLAND, *A. Text-Book of Roman Law* cit. p. 645, quien con base en D. 42,4,3 pr y D. 42,4,6 señala que: «... where a debtor was a *pupillus* or was absent *rei publicae causa, sine dolo malo*, although there might be seizure, the Praetor would not authorise *venditio*». En D. 42,4,3 pr. y D. 42,4,6,1 aparentemente se excluye la *venditio bonorum* en el caso del *pupillus* y del *absens rei publicae causa*. Sin embargo, D. 42,4,6,2 nos aclara el sentido de dicha exclusión porque en este último pasaje se especifica muy claramente que no procede la *venditio bonorum «statim»*, es decir, inmediatamente,

- 3) *Missio in bona eius quò absens iudicio defensus non erit*⁴⁷.
- 4) *Missio in bona eius qui negat se defendere aut non vult suscipere actionem*⁴⁸.
- 5) *Missio in bona eius qui vindicem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur*⁴⁹.
- 6) *Missio in bona eius qui fraudationis causa latitabit*⁵⁰.
- 7) *Missio in bona mariti propter dotem*⁵¹.

lo cual es lógico, sino que *interim bonis curator detur*, y respecto a la *venditio bonorum*, al menos para el caso del *absens rei publicae causa sine dolo malo*, habla expresamente CJ. 2,50 [51], 4 (de Gordiano del año 239). *Ignorare non debes eorum, qui rei publicae causa sine dolo malo absunt, si absentes bonis viri arbitrato non defenduntur, bona tantum possideri, venditionem autem in id tempus differri, quo rei publicae causa abesse desierint* No vemos la razón por la que no haya de aplicarse el mismo principio al caso del *pupillus*. Por tanto, creemos que para estos dos supuestos estamos no ante una venta inmediata, sino diferida hasta el momento de la pubertad del pupilo o hasta que el *absens rei publicae causa* regrese. En contra de nuestra interpretación está la opinión de S. SOLAZZI, *In tema di «bonorum venditio»* cit. p. 618 s., quien niega la *venditio bonorum* para estos dos supuestos. Por otra parte, en D. 42,4,7,10 aparece una especie de *distractio bonorum* para la *missio in bona* sobre el patrimonio del *furiosus* (no confundirla con la *bonorum possessio furiosi nomine*; cfr. infra n. 60)

47. LENEL, *EP*³ p. 415. E. WEISS, *RE* XV 2, s.v. cit. col. 2058 s. Cfr. D. 42,5,5; D. 42,4,6,1 y Gai. 3,78. CJ. 3,1,13,3 y 3,19,2,1.

48. E. WEISS, *RE* XV 2, s.v. cit. col. 2058. Cfr. Gai. 3,78.

49. LENEL, *EP*³ p. 72. Cfr. D. 42,4,2 pr. y D. 8,5,18.

50. LENEL, *EP*³ p. 415. Cfr. D. 42,4,7 pr./1/2/6/13/14/16/18; D. 5,1,63, y Gai. 3,78. E. WEISS, *RE* XV 2, s.v. cit. col. 2059.

51. Como ya hemos indicado, LENEL, *EP*³ p. 302 s., no incluye este tipo de *missio in possessionem* en el Edicto Perpetuo (cfr. supra nn. 33 y 34) y, en el mismo sentido, E. WEISS, *RE* XV 2, s.v. cit. col. 2059, para quien esta *missio in bona* se daba en lugar del plazo concedido al marido para la restitución de la dote y como medio coactivo para lograr dicha finalidad. Por otra parte, y para este mismo autor, dicho tipo de *missio in possessionem* sólo otorgaría a la mujer la posesión y disfrute del patrimonio del marido. De los pocos textos que se nos conservan sobre esta *missio in bona mariti propter dotem*, ninguno de ellos nos da testimonio sobre la posibilidad de una venta para el caso de la no-restitución de la dote por parte del marido. Sin embargo, quizá con base en D. 40,1,21 (Pap. 10 resp.): *Servum dotalem vir qui solvendo est constante matrimonio manumittere potest: si autem solvendo non est, licet alios creditores non habeat, libertas servi impediatur, ut constante matrimonio deberi dos intellegatur*, se pueda deducir dicho efecto cuando, como en este caso, la única «deuda» es la de restituir

Dentro de este mismo grupo se dan unos casos que E. Weis⁵², reúne bajo la denominación genérica de *missio in bona mortuorum* y que también equivalen a una *missio in bona hereditatis*:

8) *Missio in bona eius cui heres non extabit*⁵³.

la dote y en donde la jurisprudencia clásica parece asimilar a la mujer a un acreedor. Sobre este texto vid. X d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 134, en donde el autor analiza el *eventus damni* en relación con la insolvencia patrimonial en el momento de realizarse un acto fraudulento. Sobre la misma equiparación de la mujer a los acreedores con relación a la dote, vid. CJ. 7,72,8 (de Diocleciano del año 294): *In possessionem rei servandae uxor defuncti vel alii creditores missi dominium ex hac causa tenentes adipisci minime possunt*. Sobre este texto, vid. S. SOLAZZI, *Dote e nascituro* cit. p. 320 s., donde el autor pretende reservar el término *missio in possessionem rei servandae causa* exclusivamente para la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores: «*rei servandae* è precisamente il nome che le nostre fonti danno all'*in possessione esse* dei creditori». Sin embargo, el mismo autor, en sede de conclusiones (p. 323) dice que «.. la causa della dote e quella del vindice. ., potevano essere riasunte (e per la dote abbiamo effettivamente visto che così avveniva) sotto la categoria della '*rei servandae causa*'»

52 E. WEISS, *RE*. XV 2, s.v. cit. col. 2059 s.

53. LENEL, *EP*.³ p. 416. Cfr. Gai. 2,67 y 3,78; D. 49,14,1,1 y CJ. 2,12 [13], 3,1. Se produce cuando se trata de un heredero voluntario que al término del *spatium deliberandi* repudia la herencia; en este caso se concede la *missio in bona* a los acreedores de la herencia para proceder a la venta (D. 28,8,1,1 y CJ. 6,30,9,2), cfr. E. WEISS, *RE* XV 2, s.v. cit. col. 2059. Pero también tiene ocurrencia cuando se trata de un heredero necesario, ya que, aunque éste no puede repudiar la herencia, sí puede ejercitar el *ius abstinendi*. LENEL, *EP*³ §§ 209, 210. *Si suus heres erit*, p. 418 s. Téngase en cuenta que en el caso del *servus* manumitido e instituido en el testamento, aquél se equipara a un heredero necesario, pero no puede abstenerse de la herencia. Prácticamente, en el mismo supuesto y con el mismo efecto de la *venditio bonorum* se hallan el *pupillus* (cfr. LENEL, *EP*³ p. 419. *Si pupillus heres erit*) y el *pubes* (cfr. LENEL, *EP*³ 420: *Si pubes heres erit*). Como vemos, también en estos supuestos estamos ante casos de *missiones in bona hereditatis* y de allí que no sea conveniente el empleo genérico del giro *missio in bona hereditatis*, pues también en los casos de *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine* estamos ante *missiones in possessionem* que recaen sobre una herencia sin ser técnicamente *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa*, ya que no conducen al efecto propio de las *missiones in bona*: la *bonorum venditio*; cfr. supra nn. 60 y 61. Cfr. D. 14,3,20; D. 27,3,18; D. 36,1,46 [44] pr.; D. 42,5,4 pr.; D. 42,5,6 pr.; D. 42,5,6,2; D. 42,5,28; D. 42,6,1,7; D. 42,7,1 pr/1; D. 42,8,10,11; D. 42,8,24; Gai. 2,167 y 3,178.

9) *Missio in bona si heres suspectus non satisdabit*⁵⁴.

Por último, dentro de este mismo grupo se dan unos casos que tanto Lenel⁵⁵, como E. Weis⁵⁶ reúnen bajo el epígrafe de *missiones in bona capite deminutorum*:

10) *Missio in bona eius qui exsilii causa solum verterit*⁵⁷.

11) *Missio in bona eius qui quaeve capite deminuti deminutae esse dicentur*⁵⁸.

B) *Missiones in possessionem* que en ningún caso conducen a una *venditio bonorum* inmediata o diferida:

12) *Missio in possessionem damni infecti nomine*⁵⁹.

54. LENEL, EP³ p. 421. Cfr. E. WEISS, RE XV 2, s. v. cit. col. 2060. Cfr. D. 42,5,31 pr. y 3; D 42,6,1,6, y Gai. 2, 154/155/158.

55. LENEL, EP³ p. 421.

56. E. WEISS, RE XV 2, s. v. cit. col. 2060.

57. LENEL, EP³ p. 421, y E. WEISS, RE. XV 2, s. v. cit. col 2060, v Cic. *pro Quinct* 60. D. 42,4,13

58. LENEL, EP³ p. 117 y n. 7, donde Lenel remite a la denominación de *missio in possessionem rei servandae causa*. D. 42,4,6,2 y D. 42,6,39,1.

59. LENEL, EP³ p. 372, y E. WEISS, RE. XV 2, s. v. cit. col. 2060. Presenta la característica de que sólo recae sobre la cosa inmueble que amenaza daño por *vitium aedium* o *vitium loci* y produce, como efecto último, el que la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto* tiene categoría de *iusta causa* para adquirir la propiedad por usucapión. Cuando se trata de indefensión ante una acción de propiedad sobre un inmueble, el Pretor decreta una *missio in possessionem* únicamente sobre el inmueble, D. 11,1,20,1 (Paul. 2 *quaest.*): *In iure interrogatus, an fundum possideat, quaero an respondere cogendus sit et quota ex parte fundum possideat respondi. Iavolenus scribit possessorem fundi cogi debere respondere, quota ex parte fundum possideat, ut si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quae non defenderetur, in possessionem actor mittatur.* En las fuentes sólo identificamos estos dos casos de *missiones in possessionem* que recaen sobre un objeto determinado y que la doctrina suele denominar como *missio in possessionem rei* Parece ocurrir lo mismo en D. 39,2,45 (Scaev. 12 *Quaest*, tít. «*a quo fundus petetur si rem nolit defendere*»: *Aedificatum habes ago tibi ius non esse habere: non defendis ad me possessio transferenda est, non quidem ut protinus destruat opus (iniquum enim est demolitionem protinus fieri), sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris ius tibi esse aedificatum habere.* Además de que el texto no habla expresamente de *missio in possessionem* y trata de indefensión ante una acción negatoria al derecho del superficiario, no se comprende cómo se relaciona con D. 8,5,18 (cfr supra n 30) que trata de una indefensión ante una *vindicatio servitutis* que conduciría a una *missio in bona eius qui vindicem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur*, pero con una finalidad meramente provisional. Según la doctrina actual, cuando se trata

- 13) *Missio in possessionem ventris nomine*⁶⁰.
- 14) *Missio in possessionem legatorum servandorum causa*⁶¹.
- 15) *Missio in possessionem ex edicto Hadriani*⁶².
- 16) *Missio Antoniniana*⁶³.

de una acción real sobre un mueble, la indefensión conduce a un decreto de entrega del mismo a favor del demandante (*iussum de duci vel ferri*), pero si la cosa mueble no está presente para que el demandante la pueda llevar, debe éste ejercitar una acción exhibitoria (*actio ad exhibendum*), que, al ser personal, lleva a la *missio in bona* si no es aceptada por el demandado que posee la cosa o dejó maliciosamente de poseerla; cfr. A. d'ORS, DPR.⁴ p. 137.

60. LENEL, EP³ p. 347, y E. WEISS, RE. XV 2, s.v. cit. col. 2061. Esta *missio in possessionem* sólo recae sobre la herencia del *de cuius* (cfr. supra n 22) y tiene solamente un carácter provisional; provisionalidad que no se prolongará más allá de los nueve meses contados a partir del fallecimiento del *de cuius*. Su confusión con una *bonorum possessio ventris nomine* iniciada por S. SOLAZZI (cfr. supra p 20). (Aunque ya MOMMSEN, ad D. 37,10,10 [Marcell. 7 dig.], al pretender corregir este pasaje, cae en el mismo error o confusión que Solazzi. La versión que propone Mommsen es la siguiente: *Cum mulier deferente herede iuraverit se praegnatem esse, bonorum possessio ventris nomine dari debet, vel denegari, si illa heredi detulit iusturandum partui tamen propterea nec dabitur nec denegabitur ex edicto Carboniano, cum causa cognita detur, possessio*. Mommsen pretende basar su corrección en D 12,2,3,3 y el fundamento de dicha corrección es correcto pero, en este último pasaje, se habla expresamente de *missio in possessionem ventris nomine* y no de *bonorum possessio ventris nomine*. Que ello es así nos lo confirma D 25,6,1 pr, texto que Mommsen no tuvo en cuenta. Por tanto, proponemos esta versión de D 37,10,10: *Cum mulier deferente herede iuraverit se praegnatem esse [bonorum possessio ex edicto Carboniano] <missio in possessionem ventris nomine>, dari debet, vel denegari, si illa heredi detulit iusturandum, cum causa cognita detur [possessio] <missio in possessionem ventris nomine>, ne aut heredi [bonorum possessio] <missio in possessionem ventris nomine> data faciat praeiudicium aut denegata ius ordinarium eripiat pupillo*) ha sido recibida por la doctrina frecuentemente. Así, el VIR s.v. *bonorum possessio*, col 589 L. 34 ss, refiere a ellos los siguientes textos: D 2,1,1; D. 2,1,3; D. 5,5,1, y D. 25,6,1,1. También hablan de *bonorum possessio ventris nomine*, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* II² (Roma, 1928) p. 497 n. 2; E. JOBBE-DUVAL, *Les «decreta» des magistrats pourvus de la «iurisdictio contenciosa inter privatos»*, en *Studi in onore di P. Bonfante* III (Milano, 1930) p 209 y n 217; M. LAURIA, *Note sul possesso*, en *Studi in onore di S. Solazzi* cit p. 793; P. VOCI, *Diritto ereditario romano* I (Milano, 1960) p. 183; dubitativamente, R. MARTINI, *Il problema della «causae cognitio» pretoria* (Milano, 1960) p 150 n 64 y p. 153 y n 71, y A. METRO, *La datazione dell'editto «de inspiciendo ventre custodiendo que partu»*, en *Syntelesia Arangio-Ruiz* II cit., p 946 y passim S Perozzi (loc. cit.) y A Metro (loc. cit.) pretenden fundamentarla en el edicto de «*inspiciendo ventre*

Así, pues, podemos caracterizar las *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa*, por las siguientes notas: en primer

custodiendoque partu» (D. 25,4) y, por su parte, M. Lauria (loc. cit.) pretende basar dicha *bonorum possessio ventris nomine* en LENEL, EP.³ § 147: *De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*, p. 347, en donde Lenel no habla de *bonorum possessio ventris nomine* sino de *missio in possessionem ventris nomine*. La cláusula de D. 40,4,13,3: «*ventrem cum liberis in possessionem esse iubebo*» se debe entender en el sentido de concurrencia de la *bonorum possessio* de los hijos (*liberi*), y estos no pueden ser sino los ya nacidos, con la *missio in possessionem ventris nomine* que se concede a la mujer viuda encinta (*venter*) como protección física y jurídica al *nasciturus*. Insisten en la misma idea de una *bonorum possessio ventris nomine*, P. F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, cit., p. 884 n. 5: «I principali casi di B. P. decretalis sono: 1. B. P. accordata provvisoriamente alla madre di un erede presunto soltanto concepito, D. 37,9, *De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*, già nota a Serv. Sulpicio ed a Labeone, D. 37,9,1,24»; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary* cit. p. 376, s.v. *bonorum possessio ventris nomine*: «A *bonorum possessio* granted to a pregnant woman whose child is presumed to be the successor of the deceased father. This is provisory until the legitimacy of the child born and his rights of succession are established, D. 37,9» y p. 585, s.v. *missio in possessionem ventris nomine*: «A *missio* for the protection of the rights of a unborn heir. Its function was similar to the *bonorum possessio ventris nomine* when the father of the child was dead. D. 25,5; D. 25,6; D. 37,9»; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, repr. 10.^a ed. (Torino, 1966). p. 574: «In alcuni casi la *bonorum possessio* è conferita solo in via provvisoria. Tali sono: 1. la *bonorum possessio ventris nomine* concessa alla madre, che si ritiene incinta, a favore del nascituro: la quale cessa quando il nascituro non venga alla luce», y H. SIBER, *Romisches Recht II* (Darmstadt, 1968) p. 337 n. 6, p. 338 y nn. 7 y 8, p. 367 y n. 7. En relación con la *missio in possessionem ventris nomine*, confundida con una *bonorum possessio ventris nomine*, tenemos la misma confusión, a la inversa, respecto a la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, que algunos autores identifican con una *missio in possessionem ex edicto Carboniano*. Así, URSICINO ALVAREZ-SUÁREZ, *Curso de derecho romano I* cit p. 499 y n. 547; F. SAMPER, *Derecho Romano* (Pamplona, 1974) p. 90; PABLO FUENTESECA, *Derecho Privado Romano* cit. p. 82, y J. L. MURGA, *Derecho Romano Clásico II El Proceso* (Zaragoza, 1980) p. 354 y n. 507. Estos mismos autores (LL cc.) confunden también la *bonorum possessio furiosi nomine* con la nombrada por ellos como *missio in possessionem furiosi nomine* y, el segundo autor llega a hablar de una *missio in possessionem* del *infans* «que hereda a un extraño (no a su padre) y no puede, por su edad, aceptar la herencia. Se le concede provisionalmente, para que acepte al llegar a la edad conveniente, y si muere dentro de la infancia, se entiende que nunca fue heredero». Sobre la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, vid. H. NIEDERMEYER, *Studien zum Edictum Carbonianum*, en SZ 50 (1930) p. 78 ss., y, sobre la *bonorum possessio furiosi nomine*, vid. KRUE-

lugar, generalmente recaen sobre todo un patrimonio y, en algunos casos, también recaen sobre una herencia; en segundo término, en todas ellas nos encontramos con que el *missus in bona* es acreedor directo del embargado o de la herencia; incluso en el caso de la *missio in bona mariti propter dotem* la jurisprudencia asimila a la mujer *missa in bona mariti* a un acreedor; en tercer lugar, todas ellas conducen a una licitación a través de una venta pública, ya sea inmediata o diferida y por ello se habla de *missiones in possessionem cum venditione* y, por último, como ocurre en la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, aunque no exclusivamente, se separaba al deudor titular de su patrimonio embargado de la administración del mismo, y se procedía al nombramiento de un *curator bonorum*⁶⁴. Por consi-

GER, *Erwerb und Ausschlagung der Erbschaft und der bonorum possessio durch das Hauskind, den pupillus und den furiosus*, en SZ. 64 (1944) p. 408 ss.

61. LENEL, EP³ p. 347, y E. WEISS, RE. XV 2, s.v. cit. col 2061. También recae exclusivamente sobre la herencia gravada con el legado (cfr. supra n 21).

62. LENEL, EP³ p. 363, no cree que sea edictal, teniendo en cuenta su época de aparición Cfr E. WEISS, RE. XV 2, s.v. cit. col 2061 En virtud de un edicto del emperador Adriano, con el fin de asegurar el pago del impuesto hereditario o *vicesima hereditatis*, se concede una *missio in possessionem* sobre los bienes hereditarios poseídos por el difunto en el momento de su muerte al heredero instituido en un testamento válido en su forma exterior con tal de que lo solicite dentro de un año desde el momento de la apertura del testamento y pague el impuesto. Cfr. CJ. 6,33

63. E. WEISS, RE XV 2, s v cit. col 2062 No es más que una ampliación del régimen de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* por el emperador Antonino Caracalla, en el sentido de extender el embargo incluso a los bienes propios del heredero gravado con el legado condicional o a término y no sólo al patrimonio hereditario del heredero, cuando se ejercitaba la *actio ex testamento* del legado damnatario y no se conseguía la satisfacción del legado en el plazo de seis meses. No se crea que por esta ampliación la *missio Antoniniana* se puede calificar entonces de *missio in bona* o *missio in possessionem rei servandae causa*, pues, si bien es cierto recae sobre todo un patrimonio, tanto el propio del heredero como el hereditario, en ningún caso conducía a la venta del mismo, característica que define a las *missiones in bona* propiamente dichas o *missiones in possessionem rei servandae causa*

64. Para X d'ORS, *El interdicto fradatorio* cit. p. 90 s. «Hay otros supuestos en los que aparece como necesario el nombramiento de un *curator*, por causas diferentes de la anterior (*missio in bona debitoris* del concurso de acreedores). Nos referimos a las *missiones* que se prolongan más allá de los treinta días mencionados por Gayo, como sucede en el caso del *captus ab hostibus* sobre cuyo pa-

guiente, como las características anteriores son indubitables en la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, en adelante tomaremos como caso paradigmático de la *missio in possessionem rei servandae causa* este tipo de *missio in bona*.

2. Criterio procesal en la determinación de la naturaleza jurídica de las «misiones in possessionem».

Como es sabido, de los dos juristas epigonales de la última jurisprudencia clásica, Paulo y Ulpiano, ambos tienen temperamentos muy diferentes; así, mientras Ulpiano habla, en bastantes ocasiones, de la *elegantia iuris* de otros jurisprudentes, Paulo es menos generoso en el elogio hacia otros jurisconsultos y no por activa sino por pasiva, es decir, habla de la «no-inelegancia», y eso únicamente en tres pasajes⁶⁵. Más aún, a veces se declara contra su mismo maestro Papiniano⁶⁶. Pero no sólo esto, sino que nuestro jurista, dando un salto mortal de tres siglos, hace al gran jurista Quinto Mucio Escévola, «El Pontífice», esta dura crítica: *Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus*

trimonio concede el Pretor a los acreedores la *missio in bona, ut non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur* (cfr supra n. 46 de nuestro trabajo; D. 42,6,2; D. 4,6,15 pr.; D. 27,3,7,1; D. 42,5,39,1; D. 42,5,22,1, y D. 50,4,4 *in fine*). «Igualmente, ha de nombrarse también un *curator* para el deudor ausente o personas equiparadas al ausente; en especial, al *pupillus indefensus* y al *absens rei publicae causa sine dolo malo*, cuyos patrimonios no pueden ser vendidos» (Para el ausente y personas equiparadas, vid. D. 42,4,7,10-2; D. 42,5,22,1 y D. 50,17,124,1. Para el pupilo y el ausente *rei publica causa sine dolo malo*, vid. D. 42,4,6,1; *Tabula Heracleensis* lin 155 ss, y CJ 2,50 [51],4; cfr. D. 42,4,10; D. 42,5,35 y 39 pr.); «o bien cuando la incertidumbre acerca de la existencia de un heredero se prolonga mucho tiempo, de modo que el pretor *causa cognita*, permite a los acreedores la *missio* en los bienes hereditarios y, *si res urgeat vel conditio bonorum*, debe también nombrar un *curator*» (D. 27, 10,3 y D. 42,4,8 Cfr. D. 2,12,2; D. 42,5,22,1; el paréntesis es nuestro). «Las funciones que se atribuyen a este *curator bonorum* son la *custodia et rerum quae deteriores futurae sunt venditio*» (D. 26,7,48, el paréntesis es nuestro) «Por todo ello, creemos que el *curator bonorum* no puede considerarse, en el régimen de la *bonorum venditio*, un órgano concursal ordinario, sino, en todo caso, eventual».

65 Cfr. D. 35,1,8 pr.; D. 46,3,8 y D. 50,16,25,1.

66 Cfr. D. 23,3,60,4; ... *sed mihi hoc nequaquam placet...*

*ineptissimum est*⁶⁷. La doctrina romanística contemporánea, asumiendo dicho juicio de Paulo e implicando a otros juristas romanos, ha terminado, salvo casos excepcionales, por declararse a favor de éste en demérito de aquel jurista de la primera época clásica, quien tuvo el no modesto mérito de ser quien «*ius civile primum constituit generatim in libros decem et octo redigendo*» (D. 1,2,2,41). Así, pues, nos encontramos con dos estratos de controversia sobre la naturaleza jurídica de las *missiones in possessionem*: el que plantea Paulo y, segundo, el que desarrolla la doctrina romanística con base en el anterior. A pesar de que nuestro objetivo actual no es el de estudiar este tema en toda su complejidad, sí vamos a examinarlo desde la perspectiva procesal, puesto que estamos en el estudio de la defensa pretoria del *missus in possessionem*. Pero veamos antes la legitimación pasiva de algunos *missi in possessionem* a distintos recursos procesales.

i) *Legitimación pasiva del «missus in possessionem legatorum servandorum causa» al interdicto «quod legatorum»*

Si el gravado con un legado condicional o a término —*heres* o *bonorum possessor*— no prestaba la *cautio legatorum servandorum gratia*, el Pretor podía acordar a favor del legatario la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* de los bienes hereditarios hasta que el gravado con el legado o diera la *cautio* o, de lo contrario, hasta que se cumpliera la condición o hasta la llegada del término. Ahora bien, a propósito del interdicto *quod legatorum*, el jurista Ulpiano se plantea la cuestión de si puede el legitimado activamente —heredero o *bonorum possessor*— ejercitar el interdicto contra el que ha obtenido del Pretor la *missio in possessionem*. Dice D. 43,3,1,9 (Ulp. 67 *ad ed.*):

Quaesitum est, si quis legatorum servandorum causa missus sit in possessionem, an hoc interdicto teneatur ad restitutionem, movet illud primum, quod non possidet is qui missus est in possessionem legatorum causa, sed potius custodit, deinde quod praetorem habet huius rei auctorem. tutius tamen erit dicendum hoc interdictum competere, maxime si satisdatum sit iam legatorum nomine nec recedat: tunc enim etiam possidere videtur⁶⁸.

67. D. 41,2,3,23. Sobre este texto vid. intra en esta misma sede 2 iv.

68. BESELER, *Beiträge* II (Tübingen, 1911) p 87, denuncia el *maxime si* como un giro típicamente postclásico, y, para este mismo autor en *Beiträge* III (Tü-

Como es sabido, el *missus in possessionem legatorum servandorum causa* no podía ser privado de su embargo, concedido en garantía del legado por el Pretor, más que en dos casos: si el heredero o *bonorum possessor* hacían efectivo el legado sin esperar al cumplimiento de la condición o la llegada del término y, en segundo lugar, si los mismos le daban la caución. Según la redacción actual del texto, Ulpiano parece dudar sobre la solución a adoptar, porque, en primer lugar, no se trata de una verdadera posesión (*non possidet is qui missus est in possessionem legatorum causa*) sino de una mera *custodia* y, en segundo término, porque la atribución provisional de la *missio in possessionem* procede del mismo Pretor que, a su vez, es quien concedería el interdicto *quod legatorum*, lo que no dejaría de ser una contradicción. Sin embargo, el jurista decide que se puede ejercitar el interdicto sobre todo si se hubiese prestado la *cautio legatorum servandorum gratia*, ya que *tunc enim possidere videtur*. De acuerdo con lo último, la solución de Ulpiano es lógica, pues, efectivamente, cuando ya le han garantizado los legados condicionales o a término al legatario, entonces la *missio in possessionem* no se justifica, puesto que ha cumplido su función coactiva sobre el heredero o el *bonorum possessor*. Por tanto, la motivación de Ulpiano *tunc enim possidere videtur* debemos entenderla referida, no a la *possessio* de la *missio in possessionem* decretada por el Pretor, sino referida a la *possessio naturalis* de quien ya no tiene fundamento pretorio para estar en detentación de lo embargado. Por ello Ulpiano, para evitar confusiones, había señalado previamente que *non possidet is qui missus est in possessionem legatorum causa*, y que contra él no procede el interdicto *quod legatorum* mientras no se le garanticen los legados; viceversa, si ya se le han garantizado, gracias a la coacción de

bingen, 1913) p. 148, la parte final desde *tutius*-fin sería un bizantinismo. Acepta la primera crítica de Beseler. C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano*, en *BIDR.* 14 (1901-1902) p. 182 s., quien critica además la última frase del texto... *tunc etiam possidere videtur*. Sin embargo, en contra de esa primera crítica de Beseler y la propia de Longo, P. LOTMAR, *Zur Geschichte des Interdictum «Quod legatorum»*, en *SZ.* 31 (1910) p. 111 n. 1. Sigue la segunda crítica de Beseler, G. SEGRE, *La clausola restitutiva nelle azioni «de servitutibus» e le formule delle azioni relative alla «servitus oneris ferendi»*, en *BIDR.* 41 (1933) p. n. 1; pero, en contra de la misma, LENEL, *Die Aktivlegitimation beim «Interdictum Quod legatorum»*, en *Mèlanges Girard II* (reim. Aalen, 1979) p. 82.

la *missio in possessionem*, entonces el interdicto *quod legatorum* sí procede contra el legatario⁶⁹.

ii) *Legitimación pasiva de los «missi rei servandae causa» y «legatorum servandorum causa» a la «actio ad exhibendum».*

Según Ulpiano, el jurista Juliano reconoce la legitimación pasiva de los *missi in possessionem rei servandae causa*⁷⁰ y *legatorum servandorum causa* a la *actio ad exhibendum*, de tal manera que el demandante pueda conseguir la posesión de la cosa y el demandado (*missus in possessionem*) continúe como tal; esto, aunque los *missi in possessionem* no son poseedores. Se dice en D. 10,4,5,1 (Ulp. 24 *ad ed.*), donde se compara al *missus in possessionem* con el usufructuario, que tampoco posee:

Iulianus autem ita scribit ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit, sed et eum, qui usus fructus nomine rem teneat, quamvis nec hic utique possideat inde Iulianus quaerit, quatenus hos oporteat exhibere: et ait priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat, is autem cum quo agetur rei servandae causa sit in possessione: eum vero qui usum fructum habeat sic, ut actor rem possideat, is cum quo agetur utatur fruatur⁷¹.

69. En el mismo sentido de nuestra interpretación actual del texto, M. J. GARCÍA-GARRIDO, *Posesión civilísima y legado*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Ursicino Alvarez-Suárez* (Madrid, 1978) p. 167 y n. 24, en donde el autor conserva toda la parte final del pasaje, excepto el *maxime*: «el interdicto compete si satisdatum sit iam legatorum nomine nec (legatarius) recedat tunc enim possidere videtur». Sobre otros supuestos de legitimación pasiva del legatario o presunto legatario al interdicto *quod legatorum*, vid. en este autor *ibid* p. 170 y nn. 36,37 y 38.

70. Téngase en cuenta que la categoría nominal *missio in possessionem rei servandae causa* la emplea Ulpiano para consignar el pensamiento de Juliano, quien no conoció aquella categoría nominal y, por tanto, debemos entender que Juliano se refería a los casos de *missiones in bona*, y lo que es incuestionable es que debía pensar, por lo menos, en el caso paradigmático de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores.

71. Excepto BESELER, *Beiträge I* (Tübingen, 1910) p. 21: «Das klassische Recht gibt gegen den *missus* keine *ru*, folglich auch keine *ae*. Folglich haben Julian und Ulpian in D. 10,4,5,1 über den *missus* und wahrscheinlich auch über den *usus fructus nomine detinens* das Gegenteil von dem gesagt, was jetzt dasteht», seguido por M. F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle «missiones in possessionem»* (Fi-

iii) *Legitimación pasiva de los «missi in possessionem» a la acción reivindicatoria.*

Nuevamente, según Ulpiano, el jurista Pegaso negaba la legitimación pasiva a la acción reivindicatoria, entre otros, de los *missi in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine y damni infecti nomine*, porque, según Pegaso, no disponían activamente del interdicto *uti possidetis* ni del interdicto *utrubi*. Sin embargo, para Ulpiano estos *missi in possessionem* también estarían legitimados pasivamente a la acción reivindicatoria pues, aunque no son poseedores, *tenent et habent restituendi facultatem*.

D 6,1,9 (Ulp 16 ad ed).

Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat:

renze, 1939) p 17 n. 1, la doctrina acepta dicha legitimación pasiva a la *actio ad exhibendum* de los *missi in possessionem rei servandae causa* y *legatorum servandorum causa*, principalmente aquel sector que parte del criterio de la autonomía procesal de la *actio ad exhibendum*. En este sentido, M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, en *Annali Palermo* 26 (1957) p. 354 s. y p. 485 ss, y J. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum'*, en *SDHI* 26 (1960) p. 225 ss., en cuyos estudios se recogen todas las críticas y múltiples interpretaciones de que ha sido objeto nuestro pasaje. Sí queremos destacar aquí un aspecto que nos afecta directamente y que no ha sido puesto de relieve suficientemente por la doctrina. En la primera parte del texto se nos dice: *eum qui rerum vel legatorum servandorum causa*, giro con el cual Ulpiano nos indica que se trata de la legitimación pasiva a la *actio ad exhibendum* de los *missi in possessionem rei servandae causa* y de los *missi in possessionem legatorum servandorum causa*, pero en la parte final, el mismo Ulpiano sólo se refiere a la *missio in possessionem rei servandae causa* (. *priorem...*, *is autem cum quo agetur rei servandae causa sit in possessione* .), con lo cual se nos presentaría la dificultad de que Ulpiano parece incluir la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* entre las *missiones in possessionem rei servandae causa*. Esta particularidad del pasaje debe explicarse como una despreocupación de Ulpiano de referirse a dos casos con un solo supuesto y luego no distinguirlos. Ulpiano procede así precisamente por el *servare* singular y *servandorum* en plural de uno y otro tipo de *missio in possessionem*, y los cuales reúne aquí con el plural *servandorum* para uno y otro, o quizá Ulpiano, por simplificar, no dijo en la parte final del texto: *rerum vel legatorum servandorum causa*, en concordancia con lo dicho por él al principio del texto, sino que se limitó a la *missio in possessionem rei servandae causa*.

ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel [dotis] ventris[ve] nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse, puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse⁷².

Cabe destacar de este pasaje dos cosas: la primera, que Ulpiano, consignando el pensamiento de Pegaso, no incluye en su lista de no legitimados pasivamente a la acción reivindicatoria los casos de *missiones in possessionem rei servandae causa* o, en la que debió ser la terminología de Pegaso, las *missiones in bona*. Si Pegaso no las incluye, es porque al menos los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores sí estaban legitimados pasivamente a la acción reivindicatoria según él y, por tanto, quizá todavía en época de este jurista los *missi*

72. Este pasaje ha sido intensamente criticado por la romanística, cfr *Index Interp s.l. y Suppl. s.l.*, pero destaquemos, en esta ocasión, aquellos indicios de interpolación que nos afectan actualmente. Así, en primer lugar, según R. DE RUGGIERO, *Depositum vel commodatum. Contributo alla teoria delle interpolazione*, en *BIDR.* 19 (1907) p. 53 s., se debe excluir de la enumeración que da el pasaje la mención del *commodatum* y, en segundo término, según S. SOLAZZI, *Dote e nascituro* cit. p. 320 s., a quien sigue LENEL, *EP.*³ p. 303 y n. 2, también debe de estar interpolada la *missio dotis servandae causa* que se nombra en el texto y que, para el segundo autor, quizá no era más que un caso de la general *missio in possessionem rei servandae causa* (cfr. supra n. 33) y en la cual la mujer *missa in possessionem* sí está pasivamente legitimada a la acción reivindicatoria; se entiende en un litigio de propiedad sobre algún bien objeto de la *missio in possessionem*. Por último, según S. SOLAZZI, *Dote e nascituro* p. 322 n. 3, y HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*¹¹ (Graz, 1971) s.v. *possidere*, p. 439, y s.v. *vindicare*, p. 626, también estaría interpolada aquí, y en ello tienen razón los autores, la *missio in possessionem ventris nomine*. Cfr., en este último sentido, M. F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle «missiones in possessionem»* cit. p. 18 s., CHLOROS, *Unus casus und die Digesten*, en *SZ.* 74 (1957) p. 376 y n. 23; M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit. p. 577 n. 412, y últimamente A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano* (Milano, 1966) p. 79 y n. 180. Algunos autores llegaron a ver en nuestro pasaje un caso de *retentio*; cfr. E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano I* (Milano, 1947) p. 27, aunque para este autor el pasaje sólo tiene como objeto la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria.

in bona debitoris del concurso de acreedores estaban legitimados activamente al interdicto *uti possidetis* en un litigio posesorio de un inmueble. En segundo término, llama la atención el hecho de que Ulpiano no hubiese incluido, al aplicar un criterio sustantivo para determinar los legitimados pasivamente a la acción reivindicatoria, como es el de que lo están todos aquéllos que tienen la facultad de restituir la cosa inmueble, a los *missi in possessionem rei servandae causa* o, al menos, a los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores, quienes, indudablemente, tienen dicha facultad, y, en todo caso, también es indudable que no la tendrá el deudor embargado que ha sido separado de la administración de su patrimonio.

Volvamos ahora a nuestro punto de partida, es decir, a la crítica de Paulo a Quinto Mucio Escévola.

- iv) *Legitimación pasiva, de los «missi in bona debitoris» del concurso de acreedores, a la acción reivindicatoria, y legitimación activa de los mismos al interdicto «uti possidetis» hasta la introducción, en el Edicto pretorio, de un recurso propio.*

Excluida la legitimación pasiva a la acción reivindicatoria de los *missi in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine* y *damni infecti nomine*, para la época del jurista Pegaso, porque aquéllos no estaban legitimados activamente al interdicto *uti possidetis*⁷³, nos encontramos con que, al menos en el caso paradigmático de la *missio in possessionem rei servandae causa*, es decir, en la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, el deudor embargado, al ser separado jurídica y materialmente de la administración total de su patrimonio, no estará legitimado ni activa ni pasivamente a ningún recurso procesal, pero sí lo estarán tanto activa como pasivamente, los acreedores *missi in bona debitoris*, a través del *curator bonorum*. Ahora bien, respecto a la legitimación activa para el interdicto *uti possidetis*, nos encontramos, indirectamente, con dos textos básicos a este respec-

73. Consecuentemente, legitimados activamente al interdicto *uti possidetis* serían, en la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, el heredero o el *bonorum possessor*; en la *missio in possessionem ventris nomine* el heredero o el *honorum possessor*, y, en la *missio in possessionem damni infecti nomine* el propietario de la cosa que amenaza daño. Viceversa, éstos mismos serían los legitimados pasivamente a la acción reivindicatoria.

to y, consecuentemente, de una forma directa con relación a la opinión de Quinto Mucio Escévola:

D. 41,2,3,23 (Paul. 54 *ad ed*)

Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa [(vel quia damni infecti non caveatur mitti)] possidemus ineptissimum est. nam qui creditorem rei servandae causa vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit: et ideo, cum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis et per longam possessionem capere praetor causa cognita permittit⁷⁴

D. 42,4,12 (Pom. 23 *ad Q Muc.*)

Cum legatorum vel fideicommissi servandi causa, vel quia damni infecti nobis non caveatur, bona possidere praetor permittit, vel ventris nomine in possessionem nos mittit, non possidemus, sed magis custodiam rerum et observationem nobis concedit⁷⁵

74 La romanística crítica excluye del pasaje la lectura de la Florentina en la primera parte del fragmento [(vel quia damni infecti non caveatur mitti)]; cfr en este sentido G BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano* (Padova, 1937) p. 178; P BONFANTE, *Corso di diritto romano II 1* (Milano, 1966) p. 393; KUEBLER, *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der Republikanische Zeit*, en *Att Congr. Roma I* (Pavía 1934) p. 90; M F LEPRI, *A proposito della cosiddetta indefensio nelle azioni 'in rem'*, en *Studi in onore di Emilio Albertario I* (Milano, 1953) p. 780 n. 2; R MARTINI, *Il problema della «causae cognitio» praetoria* cit. p. 83 y n. 26, MOZZILLO, *Contributi allo studio delle 'Stipulationes praetoriae'* (Napoli, 1960) p. 118 y p. 126 n. 135; BROGGINI, *Introduction au sequester*, en *Mèlanges Meylan I* (Lausanne, 1963) p. 44, y A METRO, *L'obbligazione di custodire* cit. p. 80 y n. 184. Por su parte, S. SOLAZZI, *Dote e nascituro* cit. p. 317; Id. *Il concorso dei creditori I* cit. p. 23, a quien le sigue G BRANCA, *Danno temuto* cit. p. 178, excluye del texto, como interpolada, la *missio in possessionem ventris nomine*. Para otras críticas incidentales, cfr *Index Interp s1* Sobre la *iusta causa* de la *usucapio* del *missus in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*, en relación con este pasaje, vid. F BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 53 s. Por último, respecto a la crítica de interpolación de Solazzi sobre la *missio in possessionem ventris nomine*, que este autor confunde con la denominada por él como *bonorum possessio ventris nomine*, remitimos a nuestra crítica de dicha confusión en la n. 20 de este trabajo.

75. Como hemos visto, este pasaje suele ser alegado por la doctrina para

Ahora bien, respecto a la interpretación del texto en el tema que nos afecta actualmente, es decir, la naturaleza jurídica de las *missiones in possessionem*, nos limitaremos a exponer, muy concisamente, el pensamiento de uno de los autores que ha reflexionado más extensamente sobre el mismo, G. Branca⁷⁶. En su estudio, Branca sale al paso de aquellos otros autores⁷⁷ que, en torno a la crítica de Paulo a Quinto Mucio Escévola, se ponen del lado de éste y reprochan a Paulo el haber interpretado mal el pensamiento de aquél: Quinto Mucio Escévola, según aquellos autores, al hablar de la *missio in possessionem rei servandae causa* se habría referido a la concesión de la posesión interina de las cosas hereditarias durante el litigio de *hereditatis petitio* a través de la *legis actio per sacramentum in rem*, aplicable en materia hereditaria incluso después de la *lex Aebutia*. Paulo, al basarse en D. 42,4,12 de Pomponio, habría interpretado mal el pensamiento de Q. Mucio Escévola, pues Pomponio le niega el carácter de *possessio* a las *missiones in possessionem rei servandae causa*. A dicha interpretación se opone Branca, por la razón de que, si bien es cierto acepta que la categoría nominal *missio in possessionem rei servandae causa* «... scritte dallo stesso Q. Mucio...»⁷⁸ se refiere a las *missiones in bona*, es decir, según Branca, a aquellas *missiones in possessionem* que recaen sobre todo un patrimonio, extendiendo la expresión a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* pero no a la *missio in possessionem damni infecti nomine* de la que habla la Florentina al

implicar a Pomponio en la opinión de Paulo y, por tanto, además de los autores que lo critican en la nota anterior (n. 74), también E. ALBERTARIO, *Il possesso romano*, en *BIDR* 40 (1932) p. 24, y DAUBE, *Concerning the classification of Interdicts*, en *RIDA* 6 (1951) p. 62 ss., en el sentido de excluir en este pasaje, como ya en el anterior, las *missiones in possessionem ventris nomine* y *damni infecti nomine*. Por su parte, A. PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano* (Milano, 1942) p. 98 y n. 2, siguiendo a S. SOLAZZI, *Dote e nascituro* cit. p. 315 y n. 1, da por interpolado [*vel fideicommissi servandi*] <*servandorum*>, ya que la cláusula edictal sólo se referiría a los legados. S. Solazzi (loc. cit.) basa su crítica a esta parte del texto por la evidente contradicción entre *legatorum* en plural y *fideicommissi* en singular. Sobre la extensión del régimen de los legados condicionales o a término a los fideicomisos, cfr. *infra* V 9 i n. 234.

76 G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e *possesso* cit. p. 483 ss.

77 G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e *possesso* cit. p. 483 y bibliografía cit. *ibid* n. 2.

78 G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e *possesso* cit. p. 484

inicio del fragmento ⁷⁹, no se explicaría la relación del embargo de todo un patrimonio en relación con la *legis actio per sacramentum in rem*, que versa sobre una cosa determinada y su posesión interina. Branca ⁸⁰ niega la mención de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, tanto en el pasaje de Paulo (D. 41,2,3,23), como en el de Pomponio (D. 42,4,12), porque, en el de Paulo, Q. Mucio Escévola no se hubiera referido con palabras genéricas a la *missio ex secundo decreto* que es un efecto exclusivo del *damnum infectum* y, además, este tipo de *missio in possessionem* no es *rei servandae causa*, a pesar de otros autores que dicen que Paulo pensaba en la *missio ex secundo decreto*, y, en segundo término, porque quizá, dice el autor, la *missio in possessionem damni infecti nomine* era desconocida en época de Q. Mucio Escévola. Tampoco en el pasaje de Pomponio, porque la expresión *bona possidere* del mismo no es aplicable a la *missio in possessionem damni infecti nomine* ya que ésta versa sobre un inmueble determinado. En todo caso, Branca, como los autores que critica, trae a colación el texto de Pomponio para apoyar la afirmación de Paulo, ya que «... Pomponio ... ricordi ed elenchi, si può dire, tutte le immissione fuorchè quella del creditore...» ⁸¹. Dado que Branca se encuentra con D. 43,17,3,8 de Ulpiano, que niega la protección del interdicto *uti possidetis* a los *missi in possessionem*, aunque éstos están defendidos con «...azioni speciali come quella dei D. 36,4,5,27 (interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, el paréntesis es nuestro) D. 43,4,1 pr. (*actio in factum*, el paréntesis es nuestro)» ⁸², trata de justificar el pensamiento de Q. Mucio Escévola desde el punto de vista sustantivo. Así, en primer lugar, según el autor, el giro *possidere iubere* que utilizan el Edicto y las leyes denotaría que las *missiones in possessionem* tienen carácter de *possessio*, al menos la *missio in possessionem rei servandae causa*. En segundo término, Branca critica la inseguridad de Pomponio en D. 42,4,12: ... *non possidemus, sed magis*, y Ulpiano en D. 36,4,5 pr.: ... *sed potius custodit*, para afirmar que las *missiones in possessionem* no son verdadera *possessio* sino que sólo conceden la *custodia rerum et observationem*. Por último, el autor

79. G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e possesso cit. p. 485

80. G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e possesso cit. p. 485

81. G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e possesso cit. p. 484

82. G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e possesso cit. p. 490.

sostiene que las *missiones in possessionem* se aproximan más a las figuras de las posesiones anómalas del acreedor pignoraticio, del precarista y del secuestrario que a las detenciones del comodatario y del depositario ya que estas últimas tienen como fuente el contrato, mientras las *missiones in possessionem* tienen como fundamento la orden pretoria «... anche per questo motivo non v'è niente di strano se gli antichi, vedendo la *possessio* nel sequestro, nel precario e nel pegno, ve la riconoscessero anche nelle *missiones in possessionem*, così vicine ad essi»⁸³. Para terminar, también aproxima las *missiones in possessionem* a la posesión del *ager publicus* «... il caso è analogo ... qua e là lo Stato autorizza la presa di possesso di beni propri (*agri publici*) o dei privati (*bona debitoris* o *heredis*). Mentre la concessione da parte del singolo difficilmente da origine ad un *possidere*... l'intervento di un organo pubblico renderebbe quasi ammissibile una configurazione del rapporto come quella di Q. Mucio...»⁸⁴. También sale en defensa de Q. Mucio Escévola, siguiendo las mismas pautas de argumentación de G. Branca, F. Bozza⁸⁵, quien confirma en todos sus puntos al anterior autor. Sí cabe destacar cómo F. Bozza pone de presente que, tanto el pasaje de Paulo como el de Pomponio, pertenecen a la *sedes materiae* de *usucapio* en las obras de ambos juristas⁸⁶, mientras que «... il giurista repubblicano doveva porsi da un altro angolo visuale e porre la classificazione a tutt'altro fine...». Al pensamiento de G. Branca se opone M. F. Lepri⁸⁷ con los siguientes argumentos: i) si la primera jurisprudencia clásica hubiese considerado las *missiones in possessionem* como verdadera *possessio*, les habría concedido la protección interdictal y D. 43,17,3,8 les niega expresamente la legitimación activa al interdicto *uti possidetis* «senza distinzione di epoche...»; y, sin fundamento en las fuentes, también añade la autora la no protección del interdicto *unde vi* a las mismas; ii) el hecho de que los *missi in possessionem* dispongan del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem*

83. G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e possesso cit. p. 491.

84. G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e possesso cit. p. 491.

85. F. BOZZA, D. 41,2,3,23 e la classificazione cit. p. 616 ss.

86. F. BOZZA, D. 41,2,3,23 e la classificazione cit. p. 618 y n. 7. Para D. 41,2,3,23 cfr. LENEL, *Paling* I col. 1063: *De possessione et usucapione*, col. 1066 s., y para D. 42,4,12 cfr. LENEL, *Paling* II col. 72: *De possessione et usucapione*, col. 72 s.

87. M. F. LEPRI, *A proposito della cosiddetta indefensio* cit. p. 780 n. 2

*missus erit*⁸⁸ demostraría que dichas *missiones in possessionem* no fueron aproximadas al secuestro o al precario, y respecto a la prenda sólo fueron asimiladas en la época bizantina bajo la denominación de «*pignus praetorium*», y iii) el fenómeno de la *possessio* del *ager publicus* es un fenómeno muy complejo en el cual no se puede hablar propiamente de concesión del *ager publicus*, sino más bien de ocupación del mismo (*agri occupatorii*); fenómeno que no se puede acercar a las *missiones in possessionem* ya que mientras aquél es un bien patrimonial, éstas son solamente un instrumento procesal que cumple una determinada finalidad según el tipo de *missio in possessionem* de que se trate. La autora acepta las alteraciones sufridas por D. 41,2,3,23 y señaladas por la crítica y concluye así: «... ma anche qualora si voglia salvare quella parte del frammento che riferisce il pensiero di Q. Mucio e si voglia considerare che il giureconsulto repubblicano concepisse il rapporto fondato dalla *missio* come *possessio*, si dovrebbe concludere considerando l'idea di Q. Mucio come idea isolata e ripudiata dalla giurisprudenza e dalla prassi»⁸⁹.

Por nuestra parte, a la crítica de M. F. Lepri debemos hacer estas matizaciones: i) que la autora, al hablar de la no defensa interdictal a través del interdicto *uti possidetis*, cosa que aparece probada expresamente por las fuentes, también incluye en esta no-defensa interdictal de los *missi in possessionem* el interdicto *unde vi*; ahora bien, en las fuentes no encontramos testimonio expreso, como para el interdicto *uti possidetis*, que niegue la legitimación activa de los *missi in possessionem* al interdicto *unde vi*. Ello es así porque el interdicto *unde vi* que como el *uti possidetis* versa sobre inmuebles, es un interdicto restitutorio y respecto a los *missi in possessionem* no se podía plantear tal circunstancia, y ii) cuando la autora argumenta diciendo que el hecho de que los *missi in possessionem* dispusiesen del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* demuestra que las *missiones in possessionem* no fueron aproximadas ni al secuestro ni al precario ni a la prenda, debemos tener en cuenta que para la *missio in*

88. La autora, siguiendo a Lenel, distingue tres interdictos para cada una de las *missiones in possessionem*: *legatorum servandorum causa*, *ventris nomine* y *damni infecti nomine*.

89. M. F. LEPRI, *A proposito della cosiddetta indefensio* cit p. 780 n. 2 (en p. 781 *in fine*)

possessionem rei servandae causa no aparece en las fuentes la aplicación del mencionado interdicto, y es precisamente en torno a este tipo de *missio in possessionem* donde se plantea la discusión. Así, pues, ni asumimos la tesis de Branca, que sostiene que para la época clásica las *missiones in possessionem* tenían carácter de *possessio*, contra toda evidencia y a favor de Q. Mucio Escévola, ni tampoco asumimos la tesis de M. F. Lepri, quien descalifica el pensamiento de Q. Mucio Escévola, también contra toda evidencia, y a favor de Paulo.

Una crítica formal que se puede hacer a los autores que han estudiado el tema es la de que no han tenido en cuenta que la categoría nominal *missio in possessionem rei servandae causa* no fue empleada por Q. Mucio Escévola y que, por tanto, a la categoría nominal que empleó este jurista se superpone la categoría nominal *missio in possessionem rei servandae causa* empleada por Paulo en su texto (D. 41,2,3,23) para exponer el pensamiento de Mucio Escévola; testimonio al cual damos crédito. Tanto los críticos de Q. Mucio Escévola que apoyan a Paulo en su censura, como los defensores de Mucio Escévola que censuran a Paulo en su crítica, han partido de esta limitación lingüística: el creer que aquel neologismo era una categoría nominal tradicional en la jurisprudencia romana, cuando apenas surge en el siglo II d. C.; ello no podía conducir más que a una errónea interpretación del pensamiento del jurista de la primera época clásica. Así, es injustificada la crítica de interpolación que hace Branca a la mención de la *missio in possessionem damni infecti nomine* en la segunda parte del texto de Paulo (D. 41,2,3,23), salvo la alteración justiniana para designar la *usucapio*: ... *per longam possessionem capere*, y en el de Pomponio (D. 42,4,12) bajo el argumento de que aquélla no existía para la época de Q. Mucio Escévola, tema sobre el que no entramos aquí; pero de ser así, debemos tener en cuenta que quienes escriben son Paulo y Pomponio, para cuya época es indiscutible que sí existía este tipo de *missio in possessionem* y, al redactar sus obras, no podían menos que situarla en el elenco de *missiones in possessionem*, también en estos dos pasajes. La pretensión de Branca de dar carácter de *possessio* en sentido técnico al menos a la *missio in possessionem rei servandae causa* con base en el giro *iubere possidere* que aparece en las fuentes, no tiene fundamento, pues, como veremos más adelante⁹⁰,

90 Cfr infra nn. 95 y 156.

dicho giro sólo tiene carácter técnico para designar la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*. En cambio, es acertada la intuición de F. Bozza al considerar que Q. Mucio Escévola miraba la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores (para esta autora se trataba de la *missio in possessionem rei servandae causa* que aparece en el texto de Paulo) desde una perspectiva distinta a la de Pomponio y Paulo. En efecto, este último jurista piensa en la *possessio ad usucapionem* en relación con las *missiones in possessionem* y de allí la extensa e inútil argumentación de Paulo pasando por las demás *missiones in possessionem* hasta encontrarse con la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*, que parece situarlo en contradicción con su crítica inicial, puesto que el *missus in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto* es un *possessor ad usucapionem*; mientras que Q. Mucio Escévola pensaba en la *possessio ad interdicta* y concretamente sobre el interdicto *uti possidetis* respecto a las *missiones in possessionem*, para el cual sólo están legitimados activamente en su época los *missi in bona debitoris* (del concurso de acreedores) y, posiblemente, algún otro caso de *missio in possessionem rei servandae causa*; piénsese, por ejemplo, en el caso del *absens rei publica causa sine dolo malo*. En otros términos, Q. Mucio Escévola miraba la situación desde una perspectiva procesal y no sustantiva como hace Paulo; por ello hablamos de inútil argumentación de este jurista en su crítica a Q. Mucio Escévola.

Veamos ahora nuestra interpretación. En D. 41,2,3,23, Paulo sólo pone en boca de Quinto Mucio el siguiente pensamiento: ... *Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa*⁹¹; todo lo que sigue, desde el intemperante *ineptissimum est*, corresponde ya al pensamiento y las palabras propias de Paulo. Ahora bien, ¿cuál pudo haber sido el pensamiento genuino de Q. Mucio Escévola? En nuestra opinión, el mismo jurista Paulo nos lo indica en su texto cuando inmediatamente después del *ineptissimum est*, agrega *nam qui creditorem*, es decir, en la lectura que Paulo hace de la obra de Escévola, éste hablaba de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, quizá sin generalizar su pensamiento para todo tipo de *missio in bona*, a pesar de que en éstos nos encontramos tam-

91. Recordamos aquí que el mismo Quinto Mucio Escévola no empleó el giro *rei servandae causa* sino que tuvo que haber utilizado el tradicional *missio in bona*

bién con la figura del acreedor. Por tanto, la opinión del gran jurista de la primera época clásica se limitaba a dar carácter de verdadera *possessio* a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, caso paradigmático de la *missio in possessionem rei servandae causa* (neologismo que aquí emplea Paulo quizá desaprensivamente). Que Q. Mucio Escévola sabía lo que decía, lo confirma el segundo texto transcrito arriba, D. 42,4,12, en donde Pomponio, comentando precisamente el pensamiento de Escévola, se limita a negar el carácter de *possessio* técnicamente entendida a las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine y damni infecti nomine*, sin que Pomponio manifieste allí ningún desacuerdo con Q. Mucio Escévola, es decir, sin que este jurista hubiese dicho cosa distinta de lo que dice Pomponio. Por el contrario, Pomponio calla respecto a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores u otros casos de *missiones in possessionem rei servandae causa*⁹². Por tanto, a diferencia de aquel sector de la doctrina romanística que pretende ver divergencia de criterio entre Q. Mucio Escévola y Pomponio, para fundamentar a Paulo, nosotros creemos que el pensamiento de Q. Mucio se puede reconstruir con los dos textos de estos dos últimos juristas: Q. Mucio, según Pomponio, le negaba el carácter de *possessio* a las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine y damni infecti nomine*; en cambio, Mucio Escévola, según Paulo, le reconoce carácter de *possessio* al menos a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores; tema sobre el que no se pronuncian, prudentemente, ni Pomponio en D. 42,4,12, ni Pegaso en D. 6,1,9, pero tampoco Juliano en D. 41,5,2 pr.⁹³, y únicamente Ulpiano en D. 43,17,3,8⁹⁴, precisamente a propósito del interdicto *uti possidetis*, niega a los acreedores *missi*

92. Pomponio, contemporáneo de Venuleyo, autor de este neologismo, no lo emplea en sus obras. No se diga que en D. 41,2,10,1 (Ulp. 60 *ad ed*) en donde Ulpiano comenta el pensamiento de Pomponio, es este último quien emplea la categoría nominal nueva sino que es Ulpiano el que la utiliza. Cfr. texto infra n. 107; cfr. infra n. 108.

93. D. 41,5,2 pr. (Iul. 44 *dig.*): *Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem eius, qui pro herede usucapit: custodiae enim causa rem tenet. quid ergo est? etiam impleta usucapione ius pignoris retinebit, ut non prius discedat, quam si solutum ei legatum fuerit aut eo nomine satisdatum.*

94. Cfr. infra V 9 iii y n. 277.

in bona debitoris la legitimación activa para dicho recurso, *quia non possident*, pero sin dar saltos mortales de tres siglos como lo hace su contemporáneo Paulo, es decir, sin criticar a Q. Mucio el hecho de concederles a los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores el carácter de poseedores en sentido técnico. Cuando Paulo en D. 41,2,3,23 comienza a argumentar contra Q. Mucio trayendo a colación las otras *missiones in possessionem*, su argumentación no tiene ninguna validez ni implica ninguna novedad porque, conforme al testimonio de Pomponio, tampoco para Q. Mucio las demás *missiones in possessionem* eran de verdadera *possessio*. Más aún, cuando Paulo, en la parte final del texto, argumenta con la *missio in possessionem damni infecti nomine* en la cual se distingue entre un primer decreto que sólo concede la *custodia et observantia* de la cosa que amenaza ruina, y un segundo decreto que concede una *possessio ad usucapionem*⁹⁵, que nos podría hacer pensar en una omisión de Q. Mucio Escévola, sin embargo, ello no es así porque la *possessio* del *missus in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto* queda subsumida en el carácter de propietario bonitario que tiene este *missus in possessionem*

95 Sólo en este tipo de *missio in possessionem* hablan las fuentes de dos decretos, distinguiéndose así una *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto*: D. 39,2,15,17, y una *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*: D. 39,2,15,16 y D. 39,2,15,17. Sobre esto cfr. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit p. 32 s. Por lo demás, las fuentes designan el primer decreto con el giro *in possessione esse*, mientras el segundo decreto con el giro *iubere possidere*. Cfr para ambos conjuntamente. D.1,21,4,1; D. 4,6,15,2; D. 10,3,4,4; D. 10,3,7,9; D. 23,5,1 pr.; D. 27,9,3,1; D. 27,9,5,3; D. 39,2,4,4; D. 39,2,7 pr.; D. 39,2,12; D. 39,2,13,11; D. 39,2,15,17; D. 39,2,15,19; D. 39,2,15,20; D. 39,2,15,21; D. 39,2,15,22; D. 39,2,15,23; D. 39,2,15,25; D. 39,2,15,26; D. 39,2,15,27; D. 39,2,15,33; D. 39,2,18,15, y D. 41,2,10,1. Por otra parte, el giro *iubere possidere* aparece empleado para otras *missiones in possessionem*; así, en D. 8,5,18 (Iul. 6 ex Min.) para la *missio in bona eius qui vindicem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur*; en D. 27,9,3,1 (Ulp. 35 ad ed.) y D. 36,4,5 pr (Ulp. 52 ad ed.) (cfr texto infra n. 102) para la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*; en D. 42,4,12 (Pomp. 23 ad Q. Muc.) para las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *damni infecti nomine*, y en D. 50,1,26,1 (Paul. 1 ad ed.) para las *missiones in possessionem rei servandae causa*, *dotis servandae causa* y *legatorum servandorum causa*. En nuestra opinión, en estos casos no se debe pretender darle a dicho giro el significado técnico que tiene a propósito de la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*.

(*ex secundo decreto*) y, para efectos procesales, defendida directamente por la *actio Publiciana* y el interdicto *unde vi*⁹⁶, haciendo inútil así el interdicto *ut possidetis*. Por consiguiente, si para la época de Quinto Mucio, los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores disponían del interdicto *uti possidetis*, ello quiere decir que para esta misma época los acreedores *missi in bona debitoris* tenían la naturaleza jurídica de poseedores técnicamente hablando, es decir, legitimados activamente al interdicto *uti possidetis*⁹⁷, pero también legitimados pasivamente a la acción reivindicatoria. Indudablemente, la naturaleza de la situación jurídica de los acreedores *missi in bona debitoris* fundamentada en el decreto pretorio, como todas las *missiones in possessionem*, y protegida por el interdicto *uti possidetis* respecto a los inmuebles, debió circunscribirse a lo siguiente: que esa protección pretoria se limitaría a la *vis*, pues de los otros dos términos de la cláusula de posesión viciosa del interdicto: *nec clam nec precario* no era posible hablar respecto a los acreedores *missi in bona debitoris*. Por tanto, debió sentirse la necesidad de introducir un interdicto también prohibitorio como el *uti possidetis*, pero no de retener, como éste, sino de adquirir la detentación de los inmuebles embargados, pero limitado a la represión de la *vis*⁹⁸. En todo caso, hasta ese momento de la introducción de un nuevo interdicto, más práctico que el *uti possidetis* y que ya no le daba la categoría de poseedores a los *missi in bona debitoris* porque en su fórmula no aparecería la palabra *possessio*, sin que por ello los acreedores *missi in bona debitoris* dejaran de estar legitimados pasivamente a la acción reivindicatoria y quizá por ello, aunque no exclusivamente, se debió ir introduciendo en la jurisprudencia la idea de que legitimados pasivos a la reivindicatoria eran aquéllos que tenían la facultad de restituir la cosa, como dice Ulpiano, hasta ese momento —decíamos— la jurisprudencia pudo hablar cómodamente de los acreedores *missi in bona debitoris* como poseedores en el sentido técnico de esta última palabra.

En conclusión, en la crítica de Paulo a Quinto Mucio Escévola,

96. Cfr. D. 39,2,18,15 Cfr. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 56. Aunque debemos tener en cuenta que la *actio Publiciana* debió de ser introducida en el Edicto probablemente por el Pretor Quinto Publicio en el año 67 a. C., es decir, quince años después de la muerte de Q. Mucio Escévola († 82 a. C.); cfr. infra IV 1 y n. 147.

97. En el mismo sentido A. d'ORS, *DPR*⁴ p. 194 y n. 9

98. Sobre este nuevo recurso pretorio cfr. infra V 9 iii.

aquel jurista no está respaldado en la misma por ningún otro jurista romano, ni antecesor ni contemporáneo suyo, pues cuidadosamente evitan el tema, bien porque lo comprendían perfectamente, dándose cuenta del cambio de perspectiva procesal en el transcurso de tres siglos, bien por su gran respeto y veneración a la tradición jurisprudencial de los *veteres*. De ninguna de las dos cosas hace gala nuestro jurista Paulo en torno a este tema.

3. «*Missiones in possessionem custodiae causa*»

Una vez que la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores perdió el carácter de *possessio*, es decir, dejó de estar tutelada por el interdicto *ut possidetis*, entonces, a partir de ese momento, pudo hablar de jurisprudencia, sin reparos, de una simple *custodia rerum et observantia*⁹⁹ como finalidad general para todas las *missiones in possessionem*. Así lo hace Paulo en D. 41,2,3,23¹⁰⁰; de esta opinión era ya Pomponio en D. 42,4,12¹⁰¹ y luego Ulpiano en D. 36,4,5 pr.¹⁰², quien,

99. Para A. METRO, *L'obbligazione di custodire* cit. p. 83 y n. 191, la *custodia* en las *missiones in possessionem* «... attribuisce poteri variabili e precisamente quei poteri richiesti caso per caso dallo scopo di sorveglianza della cosa che sta a base del provvedimento del magistrato», y señala como ejemplos de la diferencia de poderes de la *custodia* en las *missiones in possessionem*, las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *damni infecti nomine*; mientras que para el autor (p. 85) la *observantia* «... è un sinonimo della custodia, nella sua accezione volgare, designando l'attività di sorveglianza e vigilanza di una cosa».

100. Cfr. texto supra en esta sede 2 iv y n. 74.

101. Cfr. texto supra en esta sede 2 iv y n. 75. Y antes que Pomponio, Juliano en D. 41,5,2 pr., cfr. texto supra en esta sede 2 iv y n. 93.

102. D. 36,4,5 pr. (Ulp. 52 ad ed.): *Is cui legatorum fidei commissorum nomine non cavetur missus in possessionem numquam pro domino esse incipit. nec tam possessio rerum ei quam custodia datur: neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem*. Mientras la primera parte del pasaje *Is cui legatorum .. datur*, se considera sustancialmente clásica, la segunda parte [*neque-fin*] ha sido criticada como interpolada por E. ALBERTARIO, *L'uso classico e l'uso giustiniano di 'extorquere'*, en *BIDR.* 32 (1911) p. 317; G. BRANCA, *Danno temuto* cit., p. 146, y A. PALERMO, *Il procedimento cauzionale* cit. p. 96 y n. 3. Sin embargo, para S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori* cit. I p. 103 n. 1, y A. METRO, *L'obbligazione di custodire* cit. p. 80 y n. 183, en el presente párrafo sólo se tendría una alteración glosemática en la frase final [*ut saltem taedio - fin*],

en este pasaje y a propósito de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, señala además la finalidad de dicha *custodia et observantia* para este tipo de *missio in possessionem* y creemos que valedera también para la *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto: ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem*, y nuevamente Ulpiano en D. 43,3,1,9¹⁰³. Curiosamente, Ulpiano, en D. 43,17,3,8¹⁰⁴ distingue las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine* y *damni infecti nomine* de las *missiones in possessionem rei servandae causa*, denominando aquéllas bajo el término genérico de *missiones in possessionem custodiae causa*, y este giro vuelve a emplear Ulpiano en D. 36,4,5,22¹⁰⁵ referido a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*. Sin embargo, el jurista Paulo, en el ya citado D. 41,2,3,23, parece englobar bajo el término *missio in possessionem custodiae causa* todos los tipos de *missiones in possessionem*, incluida la *missio in possessionem rei servandae causa*, o al menos uno de sus tipos como es el que aparece en D. 42,4,9,1¹⁰⁶ respecto a los acreedores de una herencia

y, por último, sostiene la clasicidad del texto, M. F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle «missiones in possessionem»* cit. p. 114.

103. Cfr. texto supra en esta misma sede 2 i y n. 68.

104. Cfr. supra n. 94; infra V 9 iii y n. 277.

105. D. 36,4,5,22 (Ulp. 52 ad ed.): *Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, et fructus custodire et cetera debet. et pati quidem heredem colere agros et fructus redigere, sed custodire legatarium fructus oportebit, ne ab herede consumantur: quod si heres fructus nolit cogere, permittendum erit legatario cogere fructus et coactos servare. quin immo si tales sint fructus, quos primo quoque tempore venire expediat, vendere quoque legatario permittendum est et pretium servare. in ceteris quoque rebus hereditariis missi in possessionem hoc erit officium, ut universas res hereditarias colligat et ibi custodiat, ubi domicilium defunctus habuit, et, si nulla domus sit, habitationem conducat vel horreum quoddam, in quo res collectae custodiantur. et puto ita legatarium custodire res hereditarias debere, ut neque heredi auferantur neque depereant deterioresve fiant* Cfr. *Index Interp.* s. 1., en donde las críticas actuales al texto no afectan a nuestro interés actual.

106. D. 42,4,9,1 (Paul. 57 ad ed.): *Si alter ex heredibus intra tempore sibi praestituta deliberet adire hereditatem, alter vero neget se aditurum, videndum est, quid creditoribus agendum sit. et placet interim eos in possessionem mittendos custodiae causa, donec appareat, is qui deliberat utrum adgnoscat partem suam an non adgnoscat*. Aparte la crítica que considera interpolado todo el pasaje, también se han denunciado como espurios [*adire hereditatem*] y [*donec-fin*]; cfr. *Index Interp.* s. 1.

yacente en la cual el instituido heredero está deliberando sobre su aceptación; y en el mismo sentido general de Paulo, habla también Pomponio en D. 41,2,10,1¹⁰⁷ según el testimonio del mismo Ulpiano, el cual no se opone aquí a dicha generalización del término *missio in possessiones custodiae causa* para todas las *missiones in possessionem* hecha por Pomponio¹⁰⁸ y Paulo.

Así, pues, concluimos con A. Metro que la *custodia (et observantia)* de que se habla en la jurisprudencia respecto a las *missiones in possessionem* no tiene un carácter técnico, como la *custodia* contractual, sino que se refiere a una *custodia* en el sentido de vigilancia, salvaguardia o conservación de una cosa, un derecho o un patrimonio; *custodia* que tendrá una mayor o menor intensidad para el *missus in possessionem* según el tipo de *missio in possessionem* de que se trate. En relación con esto último se debe tener sumo cuidado cuando se trata de establecer los matices de esa *custodia* para cada caso concreto, ya que en las fuentes, generalmente, se encuentran citadas varias clases de *missiones in possessionem* en un mismo pasaje, allí donde el jurista está comentando una determinada *missio in possessionem* pero confrontándola con las demás; ello no indica que la misma acumulación

107. D. 41,2,10,1 (Ulp 69 ad ed): *Idem Pomponius bellissime temptat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit non ut possideret, sed ut in possessione esset (est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse. denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodiae causa): quod si factum est, utrumque procedit* El *Index Interp.* s. l. cita como crítico de este párrafo a BESELER, *Textkritische Studien*, en SZ 53 (1933) p. 8; pero allí Beseler se refiere a D. 41,2,10,2 y no a nuestro texto. En cambio, es correcta la cita que hace el *Index Interp.* s. l. de S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano I*² cit. p. 880 y n. 5, en donde el autor da por interpolado todo el paréntesis actual del párrafo [(*est autem - causa*)], ya que, según él, lo mismo ocurre en D. 41,3,33,6. «Nelle fonti però si tenta talora con interpolazioni di porre in antitesi i due istituti dove i classici considerano la locazione conduzione come un caso di precario», y H. SIBER, *Romisches Recht* cit. p. 132, quien reintegra en el texto . . . *damni infecti <nomine in possessione missi>*. Cfr. supra n. 92.

108. Conviene recordar, nuevamente, que Pomponio, contemporáneo de Venuleyo, no emplea la categoría nominal *missio in possessionem rei servandae causa*, al menos no en su obra disponible. Sin embargo, ello no impide que el mismo jurista hubiese hablado de *custodia* a propósito de las *missiones in bona*. Cfr. supra n. 92. Excepcionalmente, Ulpiano en D. 10,3,7,8 emplea el giro *custodiae gratia* refiriéndose a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*

haya ocurrido por interpolación necesariamente; prejuicio en el que ha solido caer la romanística crítica.

4. La alternancia «causa» y «nomine» (ó «gratia») en las «missiones in possessionem»

Hemos venido designando nuestros cuatro tipos principales de misiones in possessionem de la siguiente forma unitaria y constante: *missio in possessionem rei servandae causa*; *missio in possessionem legatorum servandorum causa*; *missio in possessionem ventris nomine*, y *missio in possessionem damni infecti nomine*. Ahora bien, de estas denominaciones podemos destacar un paralelismo dual:

- | | |
|----------------------------|------------------------------------------|
| i) <i>servandae causa</i> | ii) <i>servandorum^o causa</i> |
| iii) <i>ventris nomine</i> | iv) <i>damni infecti nomine</i> |

Cabe destacar el deverbativo exclusivo de *servare* en i y ii, que, en la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores y en los demás casos de *missiones in bona*, haría referencia a la conservación o salvaguardia de un patrimonio respecto a los acreedores del mismo, tanto en su sentido jurídico como, al menos para la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, en sentido material, es decir, en que la detentación del patrimonio corresponde a los acreedores a través del *curator bonorum*; mientras que con relación al legado condicional o a término, se hace referencia al mismo legatario en el sentido de que el heredero o *bonorum possessor* debe garantizar a aquél la conservación o salvaguardia, no tanto de la cosa misma objeto del legado como el derecho mismo del legatario, aunque ese derecho de un legado condicional no existe sino hasta el momento del cumplimiento de la condición o, a pesar de existir el derecho, su exigibilidad se retrasa hasta la llegada del plazo en el legado a término. Y, por otro lado, cabe destacar también la antítesis que nos encontramos en los adjetivos *causa*, en i y ii, y *nomine*, en iii y iv; de todos modos la terminología, en las mismas fuentes jurídicas y mucho más en la doctrina romanística, no es completamente estable y segura. Por ello precisamente conviene destacar una mayor o menor constancia en el empleo de uno u otro términos en cada una de las *missiones in possessionem*, teniendo en cuenta lo siguiente: que la *missio in possessionem* está en

función de una correspondiente estipulación pretoria tanto para la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* como para la *missio in possessionem damni infecti nomine*; mientras que, por otro lado, la *missio in possessionem* no está en función de una correspondiente estipulación pretoria en la *missio in possessionem rei servandae causa*, sino en función de un derecho del acreedor, y, en la *missio in possessionem ventris nomine* en función de la protección pretoria de la mujer viuda embarazada respecto al *nasciturus*.

Ahora bien, así como respecto al neologismo *missio in possessionem rei servandae causa*¹⁰⁹, respecto a la *missio in possessionem ventris nomine*¹¹⁰, y respecto a la *missio in possessionem damni infecti nomine*¹¹¹, las dos primeras sin relación a una estipulación pretoria y la segunda con relación a la *stipulatio damni infecti nomine* pero que no asegura ningún derecho porque en el Derecho romano clásico el daño de cosa inanimada no estaba sancionado *ex lege*¹¹², la jurisprudencia es constante y estable en el sentido de que no perturban estas tres denominaciones sustituyendo los adjetivos *causa*, para la primera, y *nomine* para las dos segundas, con otros adjetivos; así también con relación a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, que está en relación con una caución pretoria y asegurando un derecho¹¹³,

109. Cfr. textos supra n. 4.

110. Cfr. textos supra n. 2.

111. Cfr. textos supra n. 3.

112. A propósito de esta *cautio de damno infecto* las fuentes también utilizan el adjetivo *nomine*: D. 39,2,13,13: ... *nomine caveri damni infecti*...; D. 39,2,24,10: *si damni infecti ... nomine tibi promisero ...*, y, en ningún caso emplean el adjetivo *causa* para esta caución.

113. Podría pensarse lo contrario para el caso del legado condicional en el cual hasta que no se cumple la condición no se adquiere el derecho al mismo; mientras está pendiente la condición, el heredero debe garantizar al legatario la conservación de su posible derecho mediante la *cautio legatorum servandorum gratia*. Sin embargo, con base en D. 42,4,14,1 (Ulp. 2 *quaest.*): *Sed et si quis legatorum servandorum causa missus in possessionem admissus non est, si legati condicio pendeat, licet possit deficere, aestimatur tamen id quod legatum est, quia interest eius cautum habere*, creemos que la sanción para que el heredero dé dicha caución consistente en la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* lleva a la consideración de que si bien es cierto el legado *sub condicione* no es adquirido antes de cumplirse la *condicio*, sin embargo, hay una expectativa pendiente, que el Pretor defiende; expectativa que, por lo demás, es transmisible al heredero del legatario condicional Cfr. D. 36,3,1,3.

la misma jurisprudencia y la doctrina romanística contemporánea son más indecisas en el calificativo de la misma, pues en las fuentes observamos un verdadero intercambio de los adjetivos *causa*, *gratia* y *nomine* aplicados a la estipulación pretoria y a la *missio in possessionem* correspondientes. En efecto, algunos autores, entre ellos Lenel¹¹⁴, atendiendo únicamente a la rúbrica de la compilación jurisprudencial de la estipulación de los legados, D. 36,3: *ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur*, hablan de la misma empleando el adjetivo *causa*. Sin embargo, a pesar de aquella rúbrica del Digesto, la jurisprudencia no emplea el adjetivo *causa* para referirse a la caución, sino que utiliza los adjetivos *nomine* (más frecuentemente) o *gratia*¹¹⁵. El mismo Lenel¹¹⁶, al reconstruir la fórmula de la *stipulatio*, no habla en ella de *causa* sino de *nomine*. Por consiguiente, en este aspecto, como también en el que hace referencia a la extensión de la *cautio* y de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* a los fideicomisos¹¹⁷, deben de estar interpoladas las rúbricas de D. 36,3: *ut*

114. LENEL, *EP.*³ p. 369 y p. 539.

115. Así tenemos, en la *sedes materiae* de la *cautio legatorum servandorum gratia*: Ulpiano, D. 36,3,1 pr.: *legatorum nomine satisfacere* ..; D. 36,3,1,6: .. *legatorum nomine* .. *cavent*; D. 36,3,1,11: ... *legatorum nomine satisfactio*; D. 36,3,1,19: ... *caverint legatorum nomine*; D. 36,3,8: *cum legatorum nomine satisfactum*, D. 36,4,5 pr.: *ius cui legatorum fideicommissum nomine non caveatur*; en Papiniano, D. 36,3,5 pr.: .. *cuius nomine proposita stipulatione*; D. 36,3,5,3: ... *satisfactionem fideicommissi nomine*; en Scaevola, D. 36,3,18 pr.: ... *satisfactionem fideicommissi nomine*; D. 36,3,18,2: .. *fideicommissi nomine* .. *cavit*, y en Gayo, D. 36,3,11: .. *meo nomine caverit*; D. 36,3,16: .. *eiusdem nominis de legato* .. *satisfactur*. Otros lugares: en Juliano, D. 36,4,6 pr.: ... *fideicommissum* .. *eo nomine satisfactum fuerit*; D. 41,5,2 pr.: *si solutum ei legatum fuerit aut eo nomine satisfactum*; en Callistrato, D. 26,3,11,1: ... *fideicommissi nomine satisfacere debere*, D. 26,9,8: .. *fideicommissi nomine* .. *cavit*, y D. 36,4,13: ... *per fideicommissum* ... *eo nomine caveatur*; en Papiniano, D. 36,1,56 [54]: *fideicommissi nomine cautionem*, y en Ulpiano, D. 36,4,1,1: .. *qui interpelletur cautionis nomine*; D. 36,4,5 pr.: *Is cui legatorum fideicommissorum nomine non cavetur*, y D. 36,4,5,30: .. *fideicommissarium nomine legati satisfacere ab herede* ... En cambio, aparece *gratia* en Papiniano D. 36,3,5,3: .. *cavendi gratia remitti*. Excepcionalmente aparece *gratia* para referirse a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*; así, precisamente, en Ulpiano D. 42,4,1.

116. LENEL, *EP.*³ p. 539.

117. Cfr. LENEL, *EP.*³ p. 369 y nn. 6 y 12, y p. 539 y n. 3.

*legatorum [seu fideicommissorum] servandorum [causa] <nomine ó gratia> caveatur, y D. 36,4: ut in possessionem legatorum [vel fideicommissorum] servandorum causa esse liceat*¹¹⁸.

Así, pues, también en este tema de las *misiones in possessionem*, nos encontramos con que, aunque los adjetivos *causa* y *gratia* (ó *nomine*) tienden a intercambiarse —no tanto en las fuentes como en la doctrina—, existe esta diferencia: que sólo *causa* se refiere a un momento anterior; así, en nuestro tema, tanto en la *missio in possessionem rei servandae causa* como en la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, hay un cierto derecho de crédito que justifica la *missio in possessionem*, mientras que *gratia* o *nomine* precisamente se refieren a un momento final, como ocurre en la *missio in possessionem ventris nomine* y en la *missio in possessionem damni infecti nomine*¹¹⁹, en ninguno de cuyos casos puede apreciarse la existencia de un derecho anterior, sino la previsión de un evento futuro, como es el nacimiento del *nasciturus* o el *damnum* efectivo.

III. EL INTERDICTO «NE VIS FIAT EI QUI IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT» EN EL ORDEN EDICTAL

Según Lenel, el estado actual de los interdictos *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* en el orden del Edicto Perpetuo es el siguiente:

§ 230: *Ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*¹²⁰.

§ 231: *Ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*¹²¹.

§ 246: *Ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*¹²².

118. Sobre la no incidencia procesal de la extensión (como *utile*) del régimen del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* a los fideicomisos, cfr. infra V 9 i y nn. 233, 234 y 236.

119. Sobre *causa* y *gratia*, en general, vid. A. d'ORS, DPR⁴ p. 228 n. 2.

120. LENEL, EP³ p. 455; D. 43,4,3 y D. 48,6,10.

121. LENEL, EP³ p. 455; D. 43,4,3,2 y 3. Volvemos a llamar la atención sobre el femenino *missa*; cfr. infra nn. 131 y 132.

122. LENEL, EP³ p. 469; D. 43,4,4, y D. 50,16,61. Sobre este último texto cfr. inf. nn. 123 y 124.

Ahora bien, en su reconstrucción del título 43 del Edicto Perpetuo, Lenel hace dos grandes grupos de interdictos: i) *Interdicta de universitate* (del § 227 al § 234, inclusive), y ii) *Interdicta de singulis rebus* (del § 235 al § 268). Al primer grupo pertenecen todos los interdictos *adipiscendae possessionis* y de ahí que Lenel sitúe en este grupo dos de nuestros interdictos: el *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* y el *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*. En cambio, en el segundo grupo, Lenel sitúa el tercero, es decir, el *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*, que tiene por objeto un inmueble determinado. El criterio que aplica Lenel es correcto, pero resulta realmente chocante esta separación entre los dos primeros y el tercero; disgregación que se hace más sorprendente aún cuando vemos que el tercero (§ 246), separa al § 245 (*Unde vi*) del § 247 (*Uti possidetis*), entre los cuales debería haber continuidad por la estrecha relación entre uno y otro interdicto de inmuebles. Sin embargo, la separación del interdicto *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit* (que separa, a su vez, al interdicto *Unde vi* del *Uti possidetis*) de los interdictos *ne vis fiat ei quae legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* y *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit* se explicaría, según Lenel, por la distinta proveniencia de los dos primeros y del último (en el orden edictal). En efecto, mientras los dos interdictos *adipiscendae possessionis* provienen del libro 68 de Ulpiano *ad edictum*, el interdicto de *singulari re* procede del libro 69 de la misma obra de Ulpiano. Para reforzar esta distinta procedencia, Lenel¹²³ relaciona D. 43,4,4 con D. 50,16,61 de Paulo, proveniente este último texto del libro 65 *ad edictum*¹²⁴, que se corresponde precisamente con el libro 69 de Ulpiano. Lenel enlaza los dos textos porque es en la *cautio damni infecti nomine* en donde se distingue entre *repromissio* y *satisdatio*; pero, a propósito del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (D. 43,4,4), la conexión es excesivamente lejana¹²⁵.

Es justificada la incertidumbre de Lenel respecto a la ubicación

123. LENEL, *EP*³ p. 469 n. 7.

124. LENEL, *Paling* I col. 1082 y n. 3. Dice así: D. 50,16,61 (Paul. 65 *ad ed*): '*Satisfactionis*' appellatione interdum etiam repromissio continebitur, qua contentus fuit is, cui satisdatio debebatur. Cfr. infra n. 169.

125. Vid ya F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 83 y n. 18.

edictal de los tres interdictos —y más del tercero—, porque nada impide pensar en la posibilidad de que en la *sedes materiae* de interdictos *adipiscendae possessionis* hubiese una única cláusula edictal en donde se anunciaría un solo interdicto (como lo indica la misma rúbrica del Digesto: *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*) con su correspondiente fórmula interdictal, concebida también en términos generales y utilizable para cualquier caso de *missio in possessionem*. En efecto, es lógico pensar que en la *causae cognitio* de la *missio in possessionem* respectiva —no del interdicto—, el legitimado activamente manifieste al Pretor, en la *postulatio* de la misma, la causa de la *missio in possessionem*: *rei servandae causa, legatorum servandorum causa, ventris nomine o damni infecti nomine*¹²⁶. Concedida la *missio in possessionem*, si el legitimado pasivamente impide el *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, entonces éste solicitará al Pretor el interdicto. Ahora bien, lo que ya no resulta lógico pensar, si nos atenemos a los principios del procedimiento formulario, es que en la *postulatio* del interdicto¹²⁷, el legitimado activamente tenga que volver a alegar la causa de la *missio in possessionem* ya concedida por el Pretor antes que el mismo interdicto; en este momento procesal se trataría sólo de probar la causa del interdicto: el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*. Más aún, tampoco resultaría razonable pensar que en la misma fórmula interdictal concedida por el Pretor, éste tuviese que señalar la causa de la *missio in possessionem*, ya que lo que importa, en materia interdictal, es la misma

126. Para aquellos casos de *missio in possessionem* en que no era preceptiva la *causae cognitio* pretoria, M. KASER, *ZPR* p. 303 y n. 34 habla de «Sachprüfung» Vid. bibliografía sobre este tema en Kaser (loc. cit.).

127. Sobre el procedimiento concerniente a los interdictos en el derecho romano, vid. GINTOWT, *Ueber den Charakter der Interdikte und der «iudicia ex interdicto»*, en *Studi in memoria di A. Albertoni II* (Padova, 1937) p. 233 ss., A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano* (Padova, 1938); C. GIOFFREDI, *Osservazioni sul procedimento interdittale*, en *Contributi allo studio del processo civile romano* (Milano, 1947) p. 55 ss.; G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* (Milano, 1955); G. I. LUZZATO, *Il problema d'origine del processo «extra ordinem» I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori* (Bologna, 1965) p. 142 ss.; J. ADAME-GODDARD, *El procedimiento «ex interdicto» en el derecho romano clásico* en *Rev de investigs. jur* (México) 2 (1978) p. 255 ss., y últimamente E. LOZANO-CORBI, *La legitimación popular en el proceso romano clásico* (Barcelona, 1982) p. 203 ss.

orden pretoria. Por otra parte, si bien es cierto que, tanto el Edicto Pretorio como la jurisprudencia, en sus comentarios al mismo, especifican, como lo hacen efectivamente, cada caso de *missio in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa, ventris nomine y damni infecti nomine*, especificación que se observa, no sólo en la *sedes materiae* del interdicto (D. 43,4), excepto para la *missio in possessionem rei servandae causa* de la cual no se habla en ningún pasaje de las fuentes con relación al interdicto, sino también en las *sedes materiae* propias de las instituciones donde se daba una *missio in possessionem*¹²⁸, también es cierto que la misma jurisprudencia no habla nunca de unos correlativos interdictos *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit; ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit y ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*, como hace Lenel¹²⁹, sino que, tanto en la *sedes materiae* del interdicto (D. 43,4) como también en las *sedes materiae* propias de las instituciones donde se daba una *missio in possessionem*, los juristas hablan siempre de *interdictum*¹³⁰,

128 Cfr. supra nn. 1,2,3 y 4 para la jurisprudencia, y n. 29 para el Edicto.

129 Otro argumento contra la diversificación leneliana vid. infra n. 174.

130 Así, en *sedes materiae* del interdicto: D. 43,4,1,8: . . . *evitare interdictum*, D. 43,4,3 pr.: . . . *uti interdicto . . . interdictum locum habere*; D. 43,4,3,1; [*actionem banc utilem*] <*interdictum hoc*> *competere* (cfr. infra V 9 i y n. 236); D. 43,4,3,2: . . . *hoc interdictum quam interdicto*; D. 43,4,4 pr.: *Per interdictum . . . ne ei vis fiat*; D. 43,4,4,1: *non tenebit interdictum*; D. 43,4,4,4 . . . *habere [in factum actionem] <interdictum>* . . . (sobre este párrafo vid. infra n. 174). En *sedes materiae* de legados nos encontramos con D. 36,4,5,27: . . . *habet interdictum propositum*; no, en cambio, a propósito de la *missio in possessionem ventris nomine*, D. 25,5,1,2: . . . *per interdictum* (sobre este párrafo cfr. infra n. 230). A pesar de lo anterior, la doctrina, siguiendo a Lenel, insiste en la diferenciación de distintos interdictos *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* para las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine y damni infecti nomine*, principalmente BERGER, *Miszellen aus der Interdiktenlehre*, en *SZ* 36 (1915) p. 213 y n. 4, quien alega la denominación expresa del interdicto *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit* con base en las palabras finales de D. 43,4,4 pr.: . . . *ne ei vis fiat*, pero, replicamos a Berger, las palabras precedentes a aquellas finales del pasaje hacen alusión, no al interdicto, sino a la *missio in possessionem damni infecti nomine*: . . . *qui damni infecti ab eo in possessionem missus erit* . . . Vid. nuevamente BERGER, *RE* IX 2, s.v. *interdictum* col. 1609 sub núms. 38,39 y 40, col. 1656 s. Sobre D. 43,4,4 pr. cfr. infra IV 1.

sin la especificación que pretende Lenel. El error de este autor radica en dejarse arrastrar por la distinción normal y conveniente que hace el Edicto Pretorio y la jurisprudencia de los distintos tipos de *missiones in possessionem*, para extenderla al interdicto; cosa que razonablemente no hace la jurisprudencia, porque allí donde el Edicto no distinguía distintos interdictos *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, según el tipo de *missio in possessionem* de que se tratase, la jurisprudencia tampoco tenía por qué distinguir; más aún teniendo en cuenta que es una distinción completamente innecesaria desde el punto de vista procesal, ya que en todas las *missiones in possessionem* la finalidad del interdicto es la misma: sancionar el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*. A esta diferenciación leneliana también puede conducir el hecho de que en la *missio in possessionem ventris nomine* se tenga por sujeto a la mujer viuda embarazada, como efectivamente lo hacen algunos textos¹³¹; sin embargo, nos encontramos con una larga serie de fragmentos en los cuales el sujeto es el *nasciturus*, es decir, el *venter*¹³². Por consiguiente, creemos

131 Cfr., por ejemplo: D. 1,21,4,1: . *ventris nomine in possessionem mulier* , D 3,2,15. ... *ventris nomine in possessionem missa est!*...; D. 3,2,18: *Ea in possessione fuisse* .; D 3,2,19 *eam fuisse in possessionem missam*...; D 25,6,1 pr : . . *fuerit in possessionem missa*...; D. 25,6,1,6: ... *in possessionem missam non esse*...; D. 25,6,1,8: ... *non fuisse calumniae causa in possessione mulierem* ; D. 29,3,9: *Si mulier ventris nomine in possessione sit* ..; D. 39,6,12: *Si mulier. in possessionem mitti desideret* . ; vid. en Gai. 4,1,77: ... *ventris nomine in possessionem missa*...

132. Principalmente en el título 9 del libro 37 del Digesto. *De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*; así tenemos: D. 37,9,1 pr : ... *dum ventrem mitti in possessionem*...; D. 37,9,1,2: . *mittitur in possessionem venter ... ventrem mittemus ... venter in possessionem mittetur* .; D 37,9,1,5: *ventrem in possessionem mitti*...; D. 37,9,1,6: ... *in possessionem eum mitti posse* ..; D 37,9,1,9: ... *venter in possessionem utique mittetur*...; D. 37,9,1,11: *venter ad possessionem admittitur ... venter in possessionem ... mitti posse*...; D. 37,9,1,12: .. *mittetur venter in possessionem* .; D. 37,9,1,13: ... *admittendus est venter in possessionem*...; D. 37,9,1,14. .. *ventrem in possessionem mitti oportet*...; D 37,9,1,17: . . *venter in possessionem mittitur*...; D. 37,9,1,27: ... *venter in possessionem esse debet*...; D. 37,9,6: ... *venter in possessionem mittitur*...; D. 37,9,7,1. . . *mitti venter in possessionem debet*...; D. 37,9,7,2: .. *ventrem in possessionem mittat* .; D. 37,9,9: *cum venter mittitur in possessionem* Pero también en otras *sedes materiae*: D. 10,3,7,8: ... *missi sint in possessionem ... duo ventres*...; D. 28,5,33,3: . *cum venter in possessione sit* .; D. 36,4,7: *dum*

que en la primera forma clásica se debió hacer referencia directa, tanto por el Edicto (véase la cláusula —o parte de ella— que nos transmite D. 40,4,13,3) como por la jurisprudencia, al *venter*, cuyo género es el masculino.

Quede claro entonces que, en nuestra opinión, el Edicto trata unitariamente de un solo interdicto¹³³: el *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, situado en el grupo de los interdictos *adipiscendae possessionis*, aunque al aplicarse a la *missio in possessionem damni infecti nomine* no tenga tal efecto *de universitate*.

Puede plantearse todavía la cuestión de la distinta proveniencia de los dos primeros interdictos: *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* y *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*, del libro 68 *ad edictum* de Ulpiano, y el interdicto *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*, del libro 69 *ad edictum* del mismo jurista, y que podría deponer a favor de la pretensión leneliana, es decir, a favor de la especificación de los distintos interdictos. Pero podemos pensar en la posibilidad de un error en la *inscriptio* de los compiladores —o sus amanuenses—, ya que es fácil la confusión entre LXVIII y LXVIIIII, aunque aceptamos que sería más normal dicha confusión por «caída» de

venter in possessionem est ; D. 38,15,2,4: *si venter in possessionem missus sit* .; D. 38,17,2,11: *Si quis ex liberis, dum est in utero, in possessione missus sit* ., D. 40,4,13,3: *edictum praetoris, quo ita cavetur 'ventrem cum liberis in possessionem esse iubebo'* ; D. 42,4,7,10: *... cum venter in possessionem mittitur*, y, a propósito de nuestro interdicto, D. 43,4,3,2: *praetor ventrem in possessionem mittit* . Por tanto, no creemos que el calificativo femenino que recibe el interdicto a propósito de la *missio in possessionem ventris nomine* sea indispensable y que, consecuentemente, se pueda argumentar con ello la diferenciación leneliana. Esta particularidad de la primera jurisprudencia clásica ya la destacó E. WEISS, *RE* XV 2, s.v. cit. col. 2061: «... so wurde das zu erwartende Kind in den Besitz eingewissen »; también M. KASER, *ZPR*, p. 334 y n. 12, llega a emplear el giro *venter in possessionem missus* Sobre la legitimación activa, tanto respecto al interdicto como a la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., cfr. infra V 9 ii n. 244.

133. En el mismo sentido X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 76 n. 6: «En nuestra opinión, ... es sólo un interdicto aplicable a tres supuestos diferentes» pero en p. 104 b sostiene que es aplicable «a todos los casos de *missio rei servandae causa*»; cfr. infra n. 208. Sobre la aplicación del interdicto a los supuestos de *missio in possessionem rei servandae causa*, ya antes que X. d'Ors, otros autores; cfr. infra V 4 n. 210.

la última cifra que por «agregación» —como suponemos— de la misma. Esta segunda posibilidad muy bien pudo haber estado determinada, de ser así, porque el compilador o su amanuense al observar que el fragmento inmediatamente anterior (D. 43,4,3) pertenecía al libro 68 *ad edictum* de Ulpiano, creyó que el nuestro (D. 43,4,4) debía provenir del libro 69 de la misma obra del mismo jurista, sin darse cuenta que los dos fragmentos pertenecían al mismo libro, es decir, al 68, aunque bien pudieron estar distantes uno de otro; esto explica también que Lenel no hubiese pensado en nuestra corrección. En todo caso, la cláusula que Lenel ha abierto entre el § 245: *Unde vi* y el § 247: *Uti possidetis* no tiene razón de ser. La ventaja de nuestra observación radica precisamente en evitar este sorprendente § 246: *Ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit* entre aquellos dos anteriores¹³⁴.

Por otra parte, no disponemos ni de la cláusula edictal que anunciaba este interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, ni de su fórmula interdictal¹³⁵. Sin embargo, la rúbrica del mismo nos indica como cosa segura que dicho interdicto era «prohibitorio»¹³⁶, y como creemos, estaba concebido en términos generales para cualquier tipo de *missio in possessionem*.

Una vez despejado, en nuestro criterio, este aspecto de nuestro estudio, entraremos a continuación a analizar la *missio in possessionem damni infecti nomine*, no sólo por haber sido ya objeto de nuestra meditación pormenorizada a propósito de la *cautio damni infecti no-*

134. Respetamos así el testimonio de Ulpiano en D. 43,17,1,4 (69 *ad ed*): *Est igitur hoc interdictum, quod volgo uti possidetis appellatur, retinendae possessionis (nam huius rei causa redditur, ne vis fiat ei qui possidet) et consequenter proponitur post interdictum unde vi, y en donde debemos entender que la secuencia entre el unde vi y el uti possidetis a que se refiere Ulpiano es inmediata, no mediata.*

135. Sobre un intento en la doctrina de reconstrucción de la fórmula interdictal cfr. *infra* V 9 ii y n. 253

136. Como es sabido, en las fuentes se habla expresamente de *interdictum prohibitorium*, junto con los otros dos términos de la clasificación: *interdictum restitutorium* e *interdictum exhibitorium*. Sin embargo, como acertadamente sostiene A. d'ORS, *DPR*⁴ p. 193 n. 1: «En realidad, la *prohibitio* es el acto de fuerza impeditiva 'vedada' por el Pretor; el *prohibere* latino equivale a 'impedir', y el *vetare* a nuestro 'prohibir'». Una revisión a fondo de este tema sería muy esclarecedora.

mine y sus recursos supletorios¹³⁷, el primero de los cuales es precisamente la *missio in possessionem damni infecti nomine*, sino también por constituir pieza clave para la solución y comprensión global de la defensa pretoria de las demás *missiones in possessionem*. Por tanto, en esta ocasión, nos circunscribiremos al interés actual de nuestra investigación, que se limita a dicha defensa procesal, y, en general, mantenemos las conclusiones de fondo que sobre la *missio in possessionem damni infecti nomine* y su defensa pretoria sentamos en aquella ocasión; sin embargo, el actual estudio nos permitirá la corrección de algunos errores de apreciación en que incurrimos en aquel entonces, precisamente al tocar los límites de las demás *missiones in possessionem*.

IV. LA «MISSIO IN POSSESSIONEM DAMNI INFECTI NOMINE» Y SU ESPECIAL REGIMEN PROCESAL

No vamos a entrar aquí en el estudio mismo de la *cautio damni infecti nomine* ni de su primer recurso supletorio, en caso de negativa a prestar aquélla por el legitimado pasivamente, la *missio in possessionem damni infecti nomine* y en la cual se distinguen una *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto* y una *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*, ni en el de su naturaleza jurídica, presupuestos de una y otra, sus respectivos efectos, su posible revocación respecto a la primera, y momentos procesales oportunos para una y otra¹³⁸. En cambio, sí debemos recordar unos aspectos de esta *missio in possessionem*, por cuanto fueron ellos los que nos dieron la luz suficiente para el análisis de las otras *missio-*

137. Vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 7 ss.

138. Sobre los aspectos anteriores cfr. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 32 ss. y p. 42 ss. Conviene anotar que, a pesar de que en el Digesto encontramos una rúbrica que examina las causas que dan lugar a las *missiones in possessionem*, concretamente el título 4 del libro 42: *Quibus ex causis in possessionem eatur*, para este tipo de *missio in possessionem* que analizamos ahora, ese título nos sirve de poco, ya que no la considera detenidamente; en efecto, se limita a señalarla como sanción ordinaria a la negativa a prestar la *cautio damni infecti nomine* por el legitimado pasivamente, y a indicar que por ella no se entra en posesión de todos los bienes del legitimado pasivamente, sino sólo de aquella cosa inmueble de la cual se teme el daño (D. 42,4,1).

nes in possessionem y sin los cuales hubiera sido más difícil, aunque no imposible, una explicación global de la protección pretoria de todas las *missiones in possessionem*. Ante todo, que la *missio in possessionem damni infecti nomine*, como primer recurso supletorio ante la negativa a dar la *cautio damni infecti nomine*, se refiere exclusivamente al *damnum* que pueda ocasionar un inmueble a otro vecino, y precisamente determinado por un defecto (*vitium*) de aquél. El *vitium* entendido objetivamente en las cosas inmuebles no es más que el estado defectuoso de los mismos, causado por un accidente extraño a su naturaleza¹³⁹ y que las debilita, colocándolas en estado de posible ruina. Dentro de este concepto hay que distinguir tres clases de *vitia*: el *vitium aedium*¹⁴⁰, el *vitium loci*¹⁴¹, y, el *vitium operis quod fit*, a los que habría que añadir el *vitium arborum*, aproximable al *vitium loci*¹⁴². De éstos, el *vitium operis quod fit* presenta la particularidad de implicar, ante la negativa a prestar la *cautio damni infecti nomine*, no el primer recurso supletorio propio como lo es la *missio in possessionem damni infecti nomine*, sino una *novi operis nuntiatio*, y más exactamente la *novi operis nuntiatio damni depellendi causa*¹⁴³. Por tanto, la *cautio damni infecti nomine* abarca dos hipótesis fundamentales: la primera es el daño temido de los edificios (*aedes*) en estado

139. Quedan por ello excluidos de la *cautio damni infecti nomine* aquellos inmuebles (fundos rústicos especialmente) cuya naturaleza misma radica en tener un *vitium*, como un lugar pantanoso o arenoso; cfr. D. 39,2,24,2. Sobre toda esta doctrina del *vitium* remitimos a G. BRANCA, *Danno temuto* cit. p. 105 ss.

140. Sobre el caso especial del *vitium parietis communis*, vid. D. 39,2,28 y D. 39,2,40,1.

141. En defensa de la independencia de este tipo de *vitium*, vid. G. BRANCA, *Danno temuto* cit. p. 113 ss.

142. Cfr. D. 39,2,24,9, donde se menciona como posible la estipulación «*si quid arborum locive vitio acciderit*».

143. Sobre este *vitium* y su defensa procesal a través de la *novi operis nuntiatio damni depellendi causa*, vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 90 ss. Ultimamente, y en contra de nuestra opinión, J. PARICIO, *La denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico* (Barcelona, 1982) p. 41 ss., p. 99 y especialmente, p. 191 ss., acepta el trámite de la *missio in possessionem damni infecti nomine* para el caso del *vitium operis quod fit* en la época de la primera jurisprudencia clásica y, según el autor, sólo la jurisprudencia clásica tardía habría introducido, en lugar de aquel expediente, el de la *novi operis nuntiatio damni depellendi causa*. No sobra recordar que el caso de *vitium operis iam facti o perfecti* vale como *vitium aedium*.

ruinoso o del mismo terreno (*locus*) ineditado; el caso típico es el de las *aedes vitiosae* o *ruinosae*, la casa que amenaza ruina sobre la del vecino o su fundo y, en este caso, el daño amenazante está determinado por el mismo estado defectuoso de la casa o del terreno; la segunda hipótesis es la del daño temido proveniente de una cosa inanimada pero a resultas de una actividad inacabada, el *vitium operis quod fit*. Ahora bien, allí donde el motivo por el cual se exige la *cautio damni infecti nomine* no es el estado defectuoso de la cosa inmueble (*vitium aedium, loci, operis iam facti*) sino la actividad de la persona (*facere, vitium operis quod fit*) no se puede esperar una *missio in possessionem damni infecti nomine* sino la *novi operis nuntiatio damni depellendi causa*, pero no es ésta su recurso supletorio sino el correspondiente interdicto demolitorio que se ejercita para que el demandado quite, a su costa, lo hecho contraviniendo la denuncia no remitida y antes de haber dado la caución¹⁴⁴.

Veamos, entonces, la defensa pretoria de esta *missio in possessionem damni infecti nomine* que sólo recae sobre inmuebles.

1. *Interdicto «Ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit».*

A propósito de la *missio in possessionem damni infecti nomine* trata de este interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, D. 43,4,4 pr. (Ulp. [69] <68> ad ed.):

Per interdictum etiam ei subvenit praetor, qui damni infecti ab eo in possessionem missus est, ne ei vis fiat.

La primera defensa pretoria que nos encontramos a propósito de esta *missio in possessionem* es nuestro interdicto, que se da precisamente en el caso de resistencia al *venire in possessionem*, como también contra posibles expulsiones cuando el *missus* ya estaba *in possessione*. Puede ejercitar dicho interdicto tanto el *missus ex primo decreto* como el *missus ex secundo decreto*¹⁴⁵; el primero no sólo contra el

144. Sobre la legitimación pasiva a la *cautio damni infecti nomine* y la legitimación pasiva a la *novi operis nuntiatio damni depellendi causa*, vid. F. BÉTAUD, *Recursos supletorios* cit. p. 23 ss.

145. Cfr. BURCKHARD, *Commentario alle Pandette de Gluck*, Cont. Parte II (D. 39,2), trad y anotada por P. Bonfante (Milano, 1905) p. 422, y G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del proceso «extra ordinem»* cit. p. 176

que le impide entrar en el inmueble, sino también contra el que le expulse de él¹⁴⁶; el segundo sólo para entrar en posesión, ya que, una vez que ha entrado en ella, dispone del interdicto *unde vi* y de los demás interdictos posesorios, como poseedor pretorio que es, así como de la acción Publiciana, pues es propietario bonitario¹⁴⁷; únicamente podríamos pensar que sigue siendo posible para él el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* como recurso alternativo con los anteriores¹⁴⁸. Ahora bien, la situación jurídica del *missus in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto* es esencialmente provisoria y no definitiva y, por tanto, si el legitimado pasivamente a la *cautio damni infecti nomine* persiste en su negativa a prestarla, da ocasión para la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*¹⁴⁹. Por el contrario, si la *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto* cumple su finalidad coactiva y entonces el legitimado pasivamente da la *cautio*, ello significa que ha desaparecido la causa —la negativa a prestarla— que justificaba la *missio in possessionem damni infecti nomine* y, consecuentemente, se puede revocar el decreto de *missio in possessionem*, debiendo el *missus in possessionem* abandonar la detentación de la cosa

146. En ocasión anterior, F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 56 n. 58 y p. 58 nn. 64 y 65, apoyamos esta finalidad del interdicto, entre otros, en D. 43,4,1,3. Corregimos ahora este apoyo textual pues, como veremos más adelante, los dos primeros fragmentos de D. 43,4 se refieren exclusivamente a la *actio in factum* de la cual se habla en aquel título interdictal. Sobre D. 43,4,1,3 cfr. infra V 5 y n. 215. Precisamente el que interdicto y *actio in factum* (D. 43,4,1 pr.) sancionen el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* es lo que ha llevado a la doctrina a no distinguir suficientemente los dos recursos, cosa que ahora tratamos de establecer de una forma más ajustada.

147. Cfr. D. 39,2,18,15, en donde se habla del interdicto *unde vi* como *utile*, como sosteníamos en aquella ocasión; vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 56 y n. 59; pero ahora *Interdictos útiles* (en prensa). Para otros, en cambio, *utile* en este pasaje no puede estar más que en su función estrictamente predicativa de «eficaz», «útilmente»; así, A. UBBELHODE, *Commentario alle Pandette de Gluck*, Cont. Parte III-IV (D. 43-44), trad. y anotada por V. Pouchain (Milano, 1905) p. 167 y n. 51.

148. Cfr. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 56.

149. Sobre los presupuestos y efectos de esta *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*, vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 50 ss.

inmueble, pues ya no estará legitimado activamente al interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit*¹⁵⁰. Por tanto, si el legitimado pasivamente da la *cautio damni infecti nomine* o la omisión de ésta es atribuible al *missus in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto*, éste ya no estará legitimado activamente al interdicto y, si demanda con él, la acción del interdicto será rechazada mediante una *exceptio*. A esto hace referencia D. 43,4,4,1 (Ulp. [69] <68> *ad ed.*):

Poena autem eius, qui non promittit vel satis non dat, haec est, ut in possessionem mittatur adversarius. sive ergo promittat, sive per eum non fiat, quo minus promittat, non tenebit interdictum repulso per exceptionem eo qui experitur¹⁵¹.

150. Sobre la preclusión de la oportunidad procesal que tiene el legitimado pasivamente para ofrecer la *cautio damni infecti nomine*, vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 41 y n. 63.

151. LENEL, *EP.*³ p. 469, reconstruye así la *exceptio*: *si eo nomine ex edicto meo promissum satisve datum non est neque per illum stat quo minus ita promittatur satisve detur* que, por otra parte, según Lenel (p. 469 nn. 9 y 10) tenía un carácter estable, aunque no dice si en la cláusula edictal o en la fórmula interdictal y, en el mismo sentido, A. UBELHODE, *Commentario alle Pandette de Gluck*, Cont. Parte I-II (D. 43-44), trad. y anotada por V. Puchain (Milano, 1899) p. 345. Cree lo contrario K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer in geschichtlicher Entwicklung* (Leipzig, 1853) p. 96 s., ya que para este autor la fórmula interdictal se referiría a cualquier caso de *missio in possessionem* en algunos de los cuales no tendría razón de ser esta *exceptio*. Desde nuestro punto de vista, y admitiendo como admitimos la existencia de un solo interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* y, por tanto, una sola cláusula edictal concebida en términos generales y una sola fórmula interdictal adaptable a cada caso concreto de *missio in possessionem*, la opinión de Schmidt tiene fundamento. En efecto, en primer lugar, como es sabido todo interdicto es una orden pretoria y, como tal, ella misma no admite una *exceptio* interpuesta por parte del destinatario del interdicto (es decir, de la orden pretoria), que puede ser bien el demandado en los interdictos simples, o bien demandante y demandado conjuntamente en los interdictos dobles. Por consiguiente, sólo cabe pensar en la pieza procesal de la *exceptio*, con relación a los interdictos en la *actio ex interdicto* que se deriva de los mismos, pero aquélla tiene una fórmula distinta a la de la fórmula interdictal misma. En segundo término, el error de Lenel y Ubbelhode depende precisamente de su diversificación de tres interdictos *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, uno de ellos precisamente el de la *missio in possessionem damni infecti nomine*; para estos autores, el interdicto *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*, a propósito de la cual *missio in possessionem* y en el texto que comentamos se habla de dicha *exceptio*, depende precisa-

Por último, en lo que respecta al *missus in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto*, el interdicto es el único recurso pretorio de que dispone, no sólo para el *venire in possessionem* sobre el inmueble que amenaza daño, sino también para conservarlo, ya que, como puro y simple detentador, no está protegido por los interdictos posesorios ni otras acciones que sí tiene el *missus in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*.

Sin embargo, cuando durante el trámite procesal supletorio de la *missio in possessionem damni infecti nomine* se causa el daño, tanto el *missus ex primo* como *ex secundo decreto* que no ha tomado posesión del inmueble disponen de una *actio in factum* por el resarcimiento del daño causado.

2. «Actio in factum» de resarcimiento del daño causado en la «missio in possessionem damni infecti nomine»

En el régimen normal de la *cautio damni infecti nomine*, cuando se produce el daño dentro del término fijado en la estipulación, aquél se indemniza mediante la *actio ex stipulatu*. Ahora bien, debemos preguntarnos qué ocurre cuando el daño se produce antes de que el *missus in possessionem*, tanto *ex primo* como *ex secundo decreto*, entre en posesión del inmueble por habérselo impedido el legitimado pasivamente, ya que entonces el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* ha perdido su razón de ser¹⁵². A este respecto, nos encontramos con dos pasajes paralelos: uno

mente del hecho que el legitimado pasivamente no haya dado la *cautio damni infecti nomine* o haya sido por él que se haya dejado de dar. Ahora bien, la misma circunstancia puede presentarse en aquellas *missiones in possessionem* cuya finalidad es la de coaccionar al legitimado pasivamente a dar una *cautio*. Por tanto, seguramente dicha *exceptio* también era aplicable a otros casos; sobre esto cfr. infra V 9 i y n. 235. Parece aceptar la *exceptio* contra la orden interdicial directamente y a propósito de este pasaje precisamente, G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processos interdittale romano* cit. p. 74. En el mismo sentido, pero con relación a D. 43,12,1,16 (Ulp. 68 *ad ed.*) y D. 43,13,1,6 (Ulp. 68 *ad ed.*), E. LOZANO-CORBI, *La legitimación popular* cit. p. 184; «. . el interdicto podría ser paralizado mediante la excepción apropiada. », y p. 185: «. . el pretor concedería la *exceptio* correspondiente, pudiéndose así paralizar el interdicto».

152. Si el daño se llega a producir en otros momentos procesales de la *missio in possessionem damni infecti nomine* y referida al *missus in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto*, entonces la situación se resuelve mediante

perteneciente a la *sedes materiae* del *damnum infectum* y otro a la *sedes materiae* del interdicto, donde, en este último, el jurista Ulpiano vuelve a recordar lo ya dicho en el primero.

D. 39,2,7 pr. (Ulp 53 ad ed.):

... in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit <si damnum interim datum fuerit>, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset¹⁵³.

D. 43,4,4,2 (Ulp. [69] <68> ad ed.):

Praetor in eum, qui neque cavit neque possidere passus est eum qui missus est <si damnum interim datum fuerit>, iudicium pollicetur in tantum, quantum praestare eum oporteret, si de ea re cautum fuerat

la *cautio de damno praeterito*. Así, i) cuando el daño ocurre sin que el legitimado activamente hubiese hecho la *postulatio cautionis* por algo que se lo impidió y no por su propia desidia (D. 39,2,8), como cuando no lo hizo por falta de tiempo o porque estaba ausente en viaje oficial (D. 39,2,9 pr), procede la *cautio de damno praeterito*; ii) también se daría la *cautio de damno praeterito* cuando la *postulatio cautionis* ya se ha realizado ante el Pretor, pero el daño se produce antes de que éste expida el decreto de *cautio* y, con mucha mayor razón, cuando una vez expedida la orden de *cautio* por el Pretor, ocurre el daño sin haber precluido el plazo fijado para que el legitimado pasivamente la preste (sobre la *postulatio cautionis* y el *dies cautionis*, vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 28 ss.), y iii) si el *damnum* se produce cuando el *missus in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto* ya se hallaba en posesión, puede éste exigir la *cautio de damno praeterito* y la indemnización de impensas, y no debe abandonar la finca en tanto en cuanto no se le den estas satisfacciones; en caso de que el legitimado pasivamente no quiera darlas, procede la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto* sobre el solar y las ruinas (*missio in possessionem post ruinam*). Sobre la indemnización de impensas y la discusión jurisprudencial sobre el momento desde el cual debería indemnizarse el daño, vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 41 y p. 81 s.

153. La integración de los dos textos la establecimos ya, por primera vez en la doctrina, que nosotros sepamos, en nuestro trabajo *Recursos supletorios* cit. p. 77 ss., y especialmente p. 78 n. 4. El orden que ocupa esta *actio in factum* en el Edicto Perpetuo de Lenel corresponde al título 39 § 175: *De damno infecto*. Esto es suficiente para demostrar que la *actio in factum* de D. 43,4,4,2 y 3 es una *actio in factum* distinta de la de D. 34,4,1 r. para los otros tres tipos de *missiones in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa y ventris nomine*. Aunque los dos textos transcritos de nuestra *actio in factum*: D. 39,2,7 pr. y D. 43,4,4,2, no dicen que la acción sea *in factum* si lo declaran expresamente otros textos; así, D. 39,2,15,36 y D. 39,2,17,3.

La acción está referida al daño ya causado y se dirige a lograr la indemnización de dicho daño, equiparando su cuantía a aquélla que se debería pagar si hubiera habido *cautio de damno infecto: ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si ... cautum fuisset*¹⁵⁴. Los presupuestos procesales de esta *actio in factum* son los siguientes: i) no haberse prestado la caución (*non cavere*); en consecuencia, se indica que el legitimado pasivamente se puede liberar de la *actio in factum*, prestando la *cautio* o admitiendo al *missus in possessionem*, siempre antes de que se haya causado el daño¹⁵⁵; ii) la *non admissio*¹⁵⁶ del *missus in possessionem* por el legitimado pasivamente a la *cautio* u otra persona que actúe en su nombre¹⁵⁷, y, iii) que se haya producido el *damnum*. Evidentemente, la estimación del *damnum*, por analogía con la *actio ex stipulatu*, sólo es concebible cuando el daño ya se ha producido, pues únicamente entonces tendrá lugar la *actio ex stipulatu*. Por tanto, podemos sospechar que tanto en D. 39,2,7 pr. como en D. 43,4,4,2 ha caído la mención del *damnum* ya causado, pues sólo en

154. Vid. la misma equiparación en 39,2,15,36 y en D. 43,4,4,2; no aparece, en cambio, en D. 43,4,4,3. Dicha equiparación se podría entender en dos sentidos: i) o como una simple instrucción al juez de cómo debe tasar la cuantía de la sentencia, o ii) como una equiparación que figuraría en la misma fórmula, pero no en la *intentio* de la misma como ocurre en la *actio ficticia* de la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, c. XX, sino en la *condemnatio*.

155. En este caso se libera también de la *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto*, quedando garantizado el *damnum infectum* con la *cautio*. Sobre la revocación de la *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto*, cfr. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 49.

156. La expresión del edicto (D. 39,2,7 pr.) *neque in possessione esse (ex primo decreto)* (cfr. supra n. 95) *neque possidere passus erit (ex secundo decreto)* (cfr. supra n. 95), debe entenderse disyuntivamente, es decir, sea que se impida el *in possessione esse* sea que se impida el *possidere*, y no conjuntivamente, es decir, que el impedimento sea al *in possessione esse* y al *possidere*. Por lo demás, hay que entender que la sola expresión *neque possidere passus est* de D. 43,4,4,2 implica el *neque in possessione esse (ex primo decreto)*.

157. En nuestro trabajo *Recursos supletorios* cit. p. 78, como ha venido ocurriendo con la doctrina, tratábamos de distinguir entre la *non admissio* violenta, sancionada mediante el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit*, de la *non admissio* dolosa, sancionada con esta *actio in factum*, pero esta distinción, sin más, nos parece ahora inadecuada, como veremos más adelante. También aquí esta confusión nos llevó a referir D. 43,4,1,2 *in fine* a esta *actio in factum* de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, cosa que corregimos ahora.

tal caso podría proceder la *actio in factum* en este edicto de *damno infecto*¹⁵⁸.

3. Régimen de la acción

Que esta *actio in factum* tuvo un origen penal lo demuestra el que, según el testimonio de Ulpiano¹⁵⁹, la mayoría (*plerique*) de los juristas le atribuyan carácter noxal; noxalidad que sólo es posible en las acciones penales y en aquéllas que a pesar de ser reipersecutorias, tuvieron un origen delictual y conservan sus primitivas características¹⁶⁰. Así, pues, cuando el titular de la potestad no ha impedido él mismo

158. Sólo en estos dos textos deja de hacerse mención expresa del *damnum*, pues en otros sí se indica; así tenemos, D. 39,2,15,36: .. *extenditur enim actio in id tempus, quo damnum committitur*; D. 39,2,17,4: *iudex ... damnum aestimare solet omne*, y D. 43,4,4,3: .. *damnum interim datus est*. En nuestro estudio *Recursos supletorios* cit. p. 78 n. 4, dábamos dos explicaciones a esta ausencia de la mención expresa del *damnum*, especialmente en el texto edictal (D. 39,2,7 pr.): i) o el daño se presuponía, cosa fácil de pensar dado que mientras no se causara el daño, la resistencia a la *missio in possessionem*, es decir, al *venire in possessionem* o *non admissio* estaba sancionada por el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* o ii) los compiladores la suprimieron de la cita del edicto (D. 39,2,7 pr.) y de D. 43,4,4,2, precisamente por su deliberada confusión con el interdicto que, como sabemos, no exige el daño. Actualmente podemos señalar una tercera posibilidad: que los compiladores utilizaron D. 43,4,4,4, como veremos más adelante, para confundir, a su vez, el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. que tampoco exige el daño, consiguiendo así una confusión entre las dos *actiones in factum* con la pretensión de haber logrado la unificación del régimen de defensa pretoria del *missus in possessionem* del derecho clásico. Sobre esta confusión vid. infra en esta sede 6. En cambio, los compiladores sí conservaron la mención expresa del daño en D. 43,4,4,3 porque, a pesar de ser una mera extensión de la *actio in factum* del *damnum infectum*, en aquella hipótesis no se trata precisamente de un supuesto en que haya una *non admissio* y algún requisito tenían que dejar los compiladores. Cfr. infra en esta misma sede 4. En todo caso, conviene volver a recordar que este *damnum* es siempre el que sufre un *non admissus*, pues, si el daño se produce cuando el *missus in possessionem ex secundo decreto* ya había entrado en la posesión efectiva del inmueble, ese daño corre de su cuenta y riesgo por su calidad de propietario bonitario.

159. Cfr. D. 39,2,17 pr.

160. En este sentido, vid. B. BIONDI, *Le «actiones noxales» nel diritto romano classico*, en *Annali Palermo* 10 (1925) p. 65 ss.

la *missio in possessionem* pero sí uno de sus sometidos, tiene la facultad de librarse de la acción traspasando por mancipación la persona del hijo (*in mancipio*) o la propiedad del esclavo (*noxae deditio*). Sin embargo, la acción se presenta como perpetua y pasivamente transmisible¹⁶¹.

Legitimado pasivamente a esta *actio in factum* está, no sólo el propietario o titular de otro derecho real sobre el inmueble que amenaza ruina, sino también aquellas personas que actúan en su nombre, como son el *procurator*¹⁶², el representante de un municipio (*actor municipum*)¹⁶³, y el tutor¹⁶⁴.

Como tantas otras *actiones in factum*, se dirige la nuestra contra una conducta dolosa del legitimado pasivamente consistente en haberse negado a prestar la *cautio damni infecti nomine*, rechazado al *missus in possessionem* del *venire in possessionem* o haberle expulsado del inmueble y, entretanto haberse causado el *damnum* del que no se debía responder ordinariamente, ya que el legitimado pasivamente no se hallaba obligado por una *cautio damni infecti nomine* que no había llegado a dar.

4. Extensión de la «*actio in factum*» al caso de «*missio in possessionem damni infecti nomine*» fallida por ausencia del magistrado

Ahora bien, Ulpiano nos informa de otra hipótesis en la cual también se aplica esta *actio in factum*, exclusiva del *damnum infectum*. Se dice en D. 43,4,4,3 (Ulp. [69] <68> *ad ed.*):

Sed et ex alia causa hoc iudicium proposuit, si eo tempore, quo in possessionem mitti desiderabat, praetoris adeundi potestas non fuerit, scilicet ut, si, cum potestas praetoris adeundi non esset, damnum interim datum est, haberet iudicium qui damnum passus est.

161. Cfr F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit p. 43 Si bien es cierto, según C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano* cit. p. 151 y n. 2, y p. 155 y n. 1, la parte final del texto está interpolada [*ceterasque itemque ceteris personis*], sin embargo, se conserva la transmisibilidad pasiva a los herederos.

162. Cfr. D. 39,2,17,1.

163. Cfr. D. 39,2,17,1.

164. Cfr. D. 39,2,17,2

No se trata aquí de una *non admissio* por parte del legitimado pasivamente, sino de que el legitimado activamente no pudo obtener oportunamente¹⁶⁵ la *missio in possessionem damni infecti nomine* por no haber encontrado al magistrado que había de decretarla. Producido el *damnum*, se le concede aquélla *actio in factum* de indemnización en la misma cuantía que hubiera importado la *actio ex stipulatu*. En este caso, la acción no sirve ya para castigar una *non admissio* contra el ya *missus in possessionem* al cual se le impide tomar posesión del inmueble o se le expulsa de él y entretanto se causa el *damnum*, sino de sancionar la desobediencia frente al *decretum praetoris* cuando entretanto se ha causado el *damnum*; desobediencia que no se pudo sancionar con el trámite ordinario de la negativa a prestar la *cautio damni infecti nomine* como es la *missio in possessionem damni infecti nomine*, por una causa tan ajena al legitimado activamente como es la ausencia del magistrado que debía decretar la *missio in possessionem*.

5. *Confusión justiniana de la «actio in factum» de resarcimiento del daño causado en la «missio in possessionem damni infecti nomine» con el interdicto «ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit»*

Nos encontramos así con que Ulpiano, en el libro [69] <68> *ad edictum* trata, entre otros, del interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit*¹⁶⁶, pero que también trata en el mismo libro de la *actio in factum* propia de la *missio in possessionem damni infecti nomine*¹⁶⁷, de la que ya había hablado en sus *sedes materiae* correspondiente, es decir, en el libro 53 *ad edictum*, a propósito del *damnum infectum*¹⁶⁸. Por su parte, Paulo, en el libro 65 *ad*

165. Debemos tener en cuenta que, en el decreto de *cautio*, el Pretor señalaba un plazo (*dies cautionis*) al legitimado pasivamente dentro del cual debía prestarla. Se debe pensar, pues, que, en nuestro caso, aquel plazo ya había transcurrido, puesto que el legitimado activamente *in possessionem mitti desiderabat*. Por tanto, no procede la *actio in factum* cuando no se ha vencido dicho plazo en el momento de producirse el daño, porque este *dies cautionis* es precisamente un impedimento jurídico a la *postulatio* de la *missio in possessionem*; ¿cómo se resuelve, entonces, esta situación? cfr. supra n. 152.

166. Cfr. D. 43,4,4 pr./1.

167. Cfr. D. 43,4,4,2/3.

168. Cfr. D. 39,2,7 pr., D. 39,2,15,36 y D. 39,2,17 pr-4

edictum, también debía de tratar del interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit*, pero sólo se conserva de este libro de este jurista un fragmento de contenido demasiado general¹⁶⁹. En cambio, de este mismo jurista Paulo se nos conservan referencias al interdicto en el libro 48 *ad edictum*, a propósito del *damnum infectum*, correlativo con el libro 53 de Ulpiano *ad edictum*¹⁷⁰.

Consecuentemente, estos dos expedientes procesales en materia de *missio in possessionem damni infecti nomine* —el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* y la *actio in factum*— fueron fundidos por los compiladores, siendo el primero (interdicto) subsumido bajo la denominación del segundo (*actio in factum*); es decir, que aquéllos pusieron la *actio in factum* en lugar del interdicto mediante interpolación, ya que, al suprimir el requisito del daño causado en la *actio in factum*, podía producirse una cierta indiferenciación entre los dos recursos. Dicha interpolación se observa en el libro 48 de Paulo *ad edictum*: D. 39,2,18,13/14/15; pero también en el libro 1 de Ulpiano *ad edictum*: D. 39,2,4,2¹⁷¹. A pesar de dicha confusión compilatoria, se conservan y se observan dos diferencias entre ambos recursos, una por necesidad intrínseca y otra por descuido de los mismos compiladores: i) si no hubo *damnum* pero sí resistencia al *venire in possessionem* del inmueble o expulsión del mismo, caso en el cual procedería el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit*, la condena es al *id quod interest*¹⁷²; por el contrario, si hubo resistencia al *venire in possessionem* del inmueble o expulsión del mismo (y entretanto se ha causado el *damnum*, re-

169. D. 50,16,61; cfr. supra nn. 123 y 124.

170. Cfr. D. 39,2,16 (donde los compiladores colocan este texto entre D. 39,2,15,36 y D. 39,2,17, lo cual refleja la confusión del interdicto con la *actio in factum*) y D. 39,2,18,13: *Si pupillus ... competere [hanc in factum actionem] <hoc interdictum>*; D. 39,2,18,14: *Si mandatu meo . in me [haec actio] <hoc interdictum> competit*, y D. 39,2,18,15: *... sed si [in factum actione] <interdictum> egerit ...* Sobre la confusión moderna de la *actio in factum* de D. 39,2,7 pr. con una *actio ficticia* (doctrina encabezada, principalmente, por G. BRANCA, *Danno temuto*, cit. p. 223 ss.) y crítica de la misma, vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 84 ss.

171. Sobre este pasaje, vid. infra n. 194.

172. Sobre la *condemnatio* en el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, vid. infra V 9 i.

quisito suprimido por los compiladores), caso en el cual procedería la *actio in factum*, la condena es a lo que se debería pagar por el legitimado pasivamente por la *cautio de damno infecto* de haber sido ésta prestada por aquél; ii) el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* se da contra el mandante de la *prohibitio de venire in possessionem* del inmueble o de la expulsión o desalojo del mismo (D. 39,2,18,14), mientras que la *actio in factum* se da contra el mandatario del impedimento al *venire in possessionem*, habiéndose causado entretanto el daño (D. 39,2,17,1).

6. *Confusión justiniana del interdicto «ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit» con la «actio in factum» de D. 43,4,1 pr. para los otros tipos de «missiones in possessionem»*

Por si fuera poco, no se limitaron los compiladores a confundir la *actio in factum* propia de la *missio in possessionem damni infecti nomine* (D. 39,2,7 pr.) con el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, sino que también confundieron —o mejor, refundieron— este último con la *actio in factum* propia de las demás *missiones in possessionem* (D. 43,4,1 pr./1/2)¹⁷³. En efecto, en D. 43,4,4,4 los justinianos convierten el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, general para todas las *missiones in possessionem*, del que Ulpiano venía tratando desde D. 43,4,4 pr. y 1 (con la interrupción de D. 43,4,4,2 y 3 para recordarnos la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado en la *missio in possessionem damni infecti nomine*), en una pretendida *actio in factum* generalizada para los otros tipos de *missiones in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa y ventris nomine*; cosa realmente imposible, porque la *actio in factum* propia del *damnum infectum* sólo procede cuando se causa el *damnum* en el inmueble en este tipo de *missio in possessionem*, como hemos visto, y, por consiguiente, no se puede plantear para los otros tres tipos de *missiones in possessionem* en sí mismas consideradas, a no ser que se le quite a nuestra *actio in factum* el requisito del *damnum* causado, como efectivamente hicieron los com-

173. Cfr. infra V 4 sobre esta *actio in factum*.

piladores. Así, pues, los justinianeos confundieron la *actio in factum* (D. 39,2,7 pr.) de la *missio in possessionem damni infecti nomine* con el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* y, aprovechando éste en D. 43,4,4,4, lo confunden a su vez con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., con lo cual refunden ambas *actiones in factum*. Como la segunda, es decir, la de las otras *missiones in possessionem* (D. 43,4,1 pr.), no exige ningún daño (como veremos más adelante), quitan la exigencia del mismo para la primera, es decir, la de la *missio in possessionem damni infecti nomine* (D. 39,2,7 pr.). Por tanto, como ya habíamos propuesto en nuestro estudio sobre la *cautio damni infecti nomine*, pero muy tímidamente porque excedía los límites de nuestro objetivo en aquel entonces, ahora con madurada reflexión y para la finalidad global del presente trabajo, corregimos así el contenido de D. 43,4,4,4 (Ulp. [69] <68> *ad ed.*):

Item subiectum, si ex alia causa in possessionem missus prohibitus esse dicetur, habere [in factum actionem] <interdictum («ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit»)>¹⁷⁴.

174. Este texto constituye la clave de arco de los compiladores para unificar el régimen de la defensa procesal del *missus in possessionem*. Tanto BURCKHARD, *Commentario alle Pandette* cit. Parte II p. 440 ss., como A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 169 y n. 56, aceptan la autenticidad de este pasaje y este último autor lo explica diciendo que «tra le *aliae causae*, che possono impedire al *missus* la presa di possesso del fondo che minaccia pericolo, va certo annoverata in prima linea la rovina dell'edificio pericolante». Por su parte, LENEL, *EP* ³ § 175: *De damno infecto*, p. 372, en contra de Rudorff, considera un error colocar este fragmento bajo la rúbrica *de damno infecto*, ya que, según él, no se explicaría cuáles son esas *aliae causae* en materia de *damnum infectum*. Piensa mejor en una posible interpolación del interdicto «*ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*» por la *actio in factum* del texto actual, pero dudando de su autenticidad en ese caso. Lenel tiene razón al rechazar la tesis de Burckhard y Ubbelohde, pues la explicación de estos autores es, efectivamente, lingüística (*ex alia causa . prohibitus*) y objetivamente imposible. Pero al integrar Lenel este texto con la especificación propia del interdicto se encuentra en un callejón sin salida, pues ¿qué sentido tendría decir que también dispone del interdicto *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit* el que se viera impedido de entrar en posesión por otra causa, sí, para Lenel, esas otras causas: *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine* ya disponían de sus respectivos interdictos *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* y *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*? Por ello Lenel no tiene más

Llegados al final de nuestro análisis de la defensa pretoria de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, podemos extraer las siguientes conclusiones sobre su especial régimen procesal; conclusiones que adelantamos aquí porque ellas nos darán los criterios a seguir en el estudio de las otras *missiones in possessionem*, respecto a su protección pretoria:

i) La *missio in possessionem damni infecti nomine* sólo está referida a cosas inmuebles (*aedes, loci, opera iam facta*).

ii) La defensa pretoria de la *missio in possessionem damni infecti nomine* se integra mediante el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (*damni infecti nomine*) *in possessionem missus erit* y una *actio in factum* propia.

iii) El impedimento al *venire in possessionem* del inmueble o la expulsión del mismo sólo puede realizarse mediante *vis*¹⁷⁵, que está

salida que la de dudar de la autenticidad del pasaje. Para otro sector de la doctrina, sencillamente todo el fragmento está interpolado; cfr. infra V 4. Partiendo de K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer* cit. p. 307 n 25. « . (Fr. 4 § 4 *ne vis fiat*, dar man nicht so verstehen, als ob von dem *damnum infectum* aus die *in factum actio* auf andere Fälle der *missio* übertragen worden wäre; es ist die Ausdehnung auf andere Fälle des *damnum infectum* gemeint). » creemos que nuestra interpretación actual es más correcta. En efecto, Ulpiano en D 43,4,4 trata de la *missio in possessionem damni infecti nomine* desde el punto de vista de su defensa procesal: primero, del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* en los §§ pr y 1, segundo, de la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado en los §§ 2 y 3, ya tratada igualmente en su *sedes materiae* (D. 39,2,7 pr), y para terminar el comentario de esta *missio in possessionem damni infecti nomine*, Ulpiano, en el § 4, nos recuerda que «si se presenta el caso de verse impedido de entrar en posesión el que fue puesto en ella por otra causa tiene el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*». Y nos preguntamos ¿cuáles pueden ser esas otras causas? Dado que conservamos la sistemática original de Ulpiano en sus comentarios sobre las *missiones in possessionem*, podemos responder que ellas son las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*, pero también las *missiones in possessionem rei servandae causa*. Así, pues, creemos que esta interpretación del texto (D. 43,4,4,4), además de que va integrando la solución general del problema, también depone en nuestro favor sobre la existencia, en el Edicto, de un solo interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* y no de tantos cuantas son las *missiones in possessionem* excepto, según Lenel, para la *missio in possessionem rei servandae causa* por no hallarse verificada en las fuentes la aplicación del interdicto para aquel último tipo de *missio in possessionem*.

175. Esta conclusión no se debe generalizar para todos los interdictos pro-

sancionada, no por el interdicto *Uti possidetis* ni por el interdicto *Unde vi* (puesto que no estamos ante un verdadero poseedor, sino ante un mero detentador que depende, respecto al inmueble, de la persona de quien la recibe o pretende recibir por orden pretoria), sino por el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit*, interdicto prohibitorio y de adquirir la posesión o detentación (*adipiscendae possessionis*).

iv) Presupuesta la negativa a dar la *cautio damni infecti nomine*, si se presentara por el legitimado pasivamente resistencia al *venire in possessionem* del inmueble o se expulsa de él al *missus in possessionem* y entretanto se causa el daño, procede, entonces, una *actio in factum* de indemnización del daño causado y cuya cuantía es equiparable a la de la que se hubiese fijado de haber prestado el legitimado pasivamente la *cautio damni infecti nomine*. El *dolus* que sanciona esta *actio in factum* está constituido precisamente por el hecho de no haber dado el legitimado pasivamente la *cautio de damno infecto*, haber impedido el *venire in possessionem* del *missus in possessionem damni infecti nomine*, y haberse causado entretanto el daño.

v) A diferencia de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, que sólo recae sobre inmuebles, todas las demás *missiones in possessionem* (*rei servandae causa, legatorum servandorum causa y ventris nomine*), pueden versar tanto sobre inmuebles como sobre muebles. Por consiguiente, para estas otras *missiones in possessionem* el régimen de defensa pretoria será común.

vi) Así como en D. 43,4,1,2, Ulpiano da una enumeración taxativa, y no meramente enunciativa, dentro de la misma clasificación, de las *missiones in possessionem* (*rei servandae causa, legatorum servandorum causa y ventris nomine*) tuteladas con la *actio in factum* de

hibitorios, pues el significado de *vis* en los mismos puede ser plurivalente, como lo han puesto de presente THEO MAYER-MALY, *RE. IX A, 1* (1961) s.v. *vis* col 311. 2: «*Vis*» als juristischer Begriff. III. «*Vis*» in den Interdikten, col. 323 ss., y últimamente L. LABRUNA, «*Vim fieri veto*» *Alle radici di una ideologia* (Camerino, 1971) p. 33 ss. Ninguno de los dos autores se detiene en este título interdictal D. 43,4, excepto el segundo (loc. cit. p. 34) para aceptar la existencia, siguiendo a Lenel, de los tres interdictos correspondientes a las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine y damni infecti nomine*, y también, en este último sentido, A. BISCADI, *La protezione interdittale* cit. p. 127 y p. 134, quien, por lo demás, no estudia en su monografía la concurrencia de la *actio in factum* (D. 43,4,1 pr.) con el interdicto

D. 43,4,1 pr., puesto que Ulpiano cuidadosamente excluye la *missio in possessionem damni infecti nomine* y con razón, así también el mismo jurista Ulpiano, una vez reintegrado por nosotros el frag. D. 43, 4,4,4, vuelve a recordar que el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* también se aplica cuando el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* tiene otras causas, lo cual no dejará de tener sus consecuencias en orden a nuestra ulterior exposición.

V. LAS OTRAS «MISSIONES IN POSSESSIONEM (REI SERVANDAE CAUSA, LEGATORUM SERVANDORUM CAUSA, VENTRIS NOMINE)» Y SU REGIMEN PROCESAL UNITARIO

Concluimos en el apartado anterior que la diferencia entre el régimen de la *missio in possessionem damni infecti nomine* y las restantes *missiones in possessionem* radica en que mientras aquélla sólo recae sobre inmuebles, éstas pueden versar tanto sobre inmuebles como sobre muebles. Por consiguiente, se debe deducir que su régimen de defensa pretoria debe ser o puede ser común, tanto en lo que se refiere al interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* como a la *actio in factum* de la cual se habla para estos otros tres tipos de *missiones in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*. La diferencia de tratamiento de estas otras *missiones in possessionem* con una *actio in factum* distinta a la de la *actio in factum* del *damnum infectum*, está determinada por aquel criterio de diferenciación fundamental, y, consecuentemente, esta otra *actio in factum* para las restantes *missiones in possessionem*, cumplirá una función similar a la del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* pero referida a la defensa de las cosas muebles objeto de *missio in possessionem* y sobre las cuales el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* no necesariamente tiene que ser «violento», sin que se excluya dicha posibilidad. De hecho, es más sencillo pensar que dicho impedimento sobre cosas muebles se puede realizar «dolosamente», por ejemplo, ocultando la cosa mueble o entregándola a otro, o incluso destruyéndola, cosa imposible con los inmuebles. Teniendo en cuenta que esta *actio in factum*, en relación

con el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, es la que más ha confundido a la doctrina romanística, invertiremos el orden de análisis y empezaremos este apartado con el estudio de este recurso, dejando para más adelante el del interdicto. Pero antes trataremos de despejar tres aspectos; primero, el de la tutela pretoria de la *missio in possessionem* respecto a los créditos; segundo, el análisis de tres fragmentos que ofrecen ambigüedad respecto al recurso jurídico de que se trata, interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* o *actio in factum*, y, tercero, responder a la objeción más grave que se puede hacer a nuestra tesis.

1. La tutela pretoria de la «*missio in possessionem*» respecto a los créditos

Como es sabido, todo patrimonio, respecto al activo, puede estar compuesto no sólo por cosas muebles e inmuebles, sino también por créditos. Por tanto, objeto de *missio in possessionem* pueden ser las cosas corporales (muebles e inmuebles) y las cosas incorpóreas (los créditos). No se plantea la misma situación para las deudas, puesto que éstas dejan «vacío» el patrimonio. Con relación a las cosas corporales, muebles e inmuebles, objeto de *missio in possessionem*, dicha defensa la dilucidaremos más adelante. Queremos despejar, primero, la situación respecto a los créditos objeto de *missio in possessionem*; créditos que pueden ser objeto de *missio in possessionem* en las *missiones in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*, excepto en la *missio in possessionem damni infecti nomine* ya que ésta sólo recae sobre un inmueble concreto: el que amenaza daño por un *vitium aedium* o *vitium loci*.

Antes que todo, conviene destacar que a propósito de los créditos objeto de *missio in possessionem* debemos distinguir el crédito mismo de su medio de prueba, normalmente los documentos. Respecto a estos últimos y en cualquiera de nuestros tres tipos de *missiones in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*, estamos ante una cosa mueble y, por tanto, el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre tales documentos, estará sancionado mediante la *actio in factum* de D. 43,4,1

pr. Ello explica que hayamos situado sistemáticamente este tema a propósito de nuestra *actio in factum* (D. 43,4,1 pr.) aplicable a estas otras *missiones in possessionem*. Ahora bien, respecto al crédito mismo, debemos recordar que nos limitamos a las vicisitudes del crédito a partir del decreto pretorio de *missio in possessionem*, durante la misma *missio in possessionem* y hasta el momento de la *venditio bonorum* en las *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa*, y hasta el momento que termina la *missio in possessionem* propiamente dicha, es decir, aquéllas que no conducen a una *venditio bonorum*. Tanto en uno como en otro tipo de *missiones in possessionem* el legitimado pasivamente a las mismas (embargado) pierde la disponibilidad del crédito y, por tanto, i) si el acreedor embargado reclama la deuda y el deudor paga voluntariamente con una suma de dinero, entonces se produce un incremento patrimonial inmediato (no mediato como cuando sólo existía el crédito) en el patrimonio del acreedor embargado; dicha suma de dinero también será objeto de *missio in possessionem* y si el legitimado pasivamente a la *missio in possessionem* impide el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre dicha suma de dinero, se dará contra aquél la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., por tratarse de cosa mueble; ii) si el acreedor embargado demanda al deudor por la acción de deuda correspondiente, podrá el deudor oponer una *exceptio doli* a la *intentio* del acreedor embargado ya que como embargado ha perdido la disponibilidad de su crédito, incluso aunque no haya sido separado de la administración del patrimonio, como en el caso de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*; iii) si el acreedor embargado remite la deuda al deudor después del decreto de *missio in possessionem*, remisión que normalmente se concretará mediante *pactum de non petendo*, el *missus in possessionem* dispondrá de una *replicatio fraudis* contra la *exceptio pacti* que interponga el deudor liberado a la reclamación del *missus in possessionem*, y iv) si el acreedor embargado, al menos en la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, caso paradigmático de la *missio in possessionem rei servandae causa*, cobra el crédito después de la *venditio bonorum* y el deudor paga voluntariamente, entonces el *bonorum emptor* ejercitará, respectivamente, la *actio Serviana*, si el acreedor embargado ha muerto, o la *actio Rutiliana*, si el acreedor embargado vive, por haber hecho el deudor un pago indebido.

2. Tres pasajes dudosos

Por otra parte, y volviendo a la defensa pretoria de las cosas corporales muebles e inmuebles que según nuestra tesis se lleva a cabo, respectivamente, mediante la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. y el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, nos encontramos con tres pasajes en los que se podría pensar en tal defensa pretoria, pero cuyo contenido permite pensar indistintamente en la *actio in factum* y en el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. En primer lugar, nos referimos a D. 42,4,14 pr. (Paul. 2 *quaest.*):

Si quis creditorem prohibuerit bona debitoris ingredi, datur in eum actio quanti ea res [sit] <erit>¹⁷⁶.

Según la redacción actual del texto, el supuesto de hecho contempla el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sancionado mediante la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. Sin embargo, como ocurre en tema de *missio in possessionem damni infecti nomine*¹⁷⁷, cabría la posibilidad de pensar que también aquí los compiladores hubiesen cambiado el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* por la *actio in factum*, dada su tendencia a subsumir los interdictos en acciones. Debemos despejar esta duda hasta donde nos sea posible. En primer lugar, ese cambio era factible, ya que tanto para la *actio in factum* como para el interdicto, el requisito para el ejercicio de uno u otro recurso era simplemente el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, ya violentamente (interdicto) ya dolosamente (*actio in factum*), sólo que el primero en caso de inmuebles y la segunda en caso de muebles. Ahora bien, si el pasaje es auténtico en su redacción actual, es decir, si habla efectivamente de *actio in factum*, entonces Paulo estaba pensando en el impedimento al *venire in possessionem* de una cosa mueble a los acreedo-

176. M. KASER, *Quanti ea res est* (München, 1935) p 199 n. 4, corrige [sit] por <erit>, con base en la corrección a D. 43,4,1 pr. (cfr. infra en esta sede 4 y n. 194), pero con alguna duda. En general, la doctrina romanística, a partir de LENEL, *EP.*³ p. 424, ha relacionado este texto con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr.; últimamente X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 100 y n. 11.

177. Cfr. supra n. 170.

res missi in bona debitoris; si, por el contrario, en segundo término, el texto fue interpolado por los compiladores sustituyendo el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* por la *actio in factum*, entonces el jurista estaba pensando en el impedimento al *venire in possessionem* de una cosa inmueble a los acreedores *missi in bona debitoris*. Veamos qué criterios debemos tener en cuenta y nos pueden servir de ayuda para dilucidar esta incertidumbre. En primer lugar, este pasaje se halla en el título 4 del libro 42 de la compilación jurisprudencial: *Quibus ex causis in possessionem eatur*; demasiado general para nuestro objetivo actual. En segundo término, su colocación palingénica corresponde al libro 2 *Quaestionum* de Paulo¹⁷⁸, que tampoco nos proporciona elementos de juicio para referirlo ya a la *sedes materiae* interdictal ya a la *sedes materiae* de la *actio in factum*. Por último, sólo nos resta el criterio de la *condemnatio* en el interdicto y en la *actio in factum*. Como es sabido, la *litis aestimatio* referida al *quanti ea res erit* se da en las acciones de derecho estricto, es decir, aquéllas que no son *ex fide bona*, como tampoco es la nuestra, en la que la estimación se debería resolver mediante *iuramentum in litem*¹⁷⁹. Así, pues, nuestro pasaje debería estar referido a la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. y no al interdicto. Por tanto, estamos de acuerdo con aquellos autores que refieren el pasaje a la *actio in factum*, pero matizamos esta referencia en el sentido de que en este caso se trataba de la sanción al impedimento doloso al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre una cosa mueble.

Igualmente, X. d'Ors¹⁸⁰, siguiendo a Lenel¹⁸¹, refiere también a nuestra *actio in factum* D. 42,1,51,1 (Paul 2 *manual.*):

Si quis creditorem missum in possessionem rei servandae causa non admiserit, si venditor praestiterit creditori, quanti eius interfuerit, quaesitum est, an debitor liberetur. et puto improbum esse eum, qui velit iterum consequi quod accepit¹⁸².

178. Cfr. LENEL, *Palin.* I col. 1186 y n. 1: «Inscriptio videtur falsa esse».

179. Sobre la *litis aestimatio* de la *condemnatio* en nuestra *actio in factum*, cfr. infra en esta misma sede 6 v. Sobre la *litis aestimatio* de la *condemnatio* de la *actio ex interdicto*, cfr. infra en esta misma sede 9 i.

180. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 100 y n. 12.

181. LENEL, *EP.*³ p. 424.

182. Conviene destacar que Bas. 9,4,3 habla de *emptor* en lugar de *venditor*.

Este pasaje, de la misma manera que el anterior D. 42,4,14 pr., nos vuelve a plantear la misma incertidumbre de si se refiere al interdicto o a la *actio in factum*. En la compilación jurisprudencial el texto corresponde a D. 42,7: *De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*, y su colocación palingenésica corresponde al libro 2 *Manualium* de Paulo¹⁸³. Como vemos, no constituye elemento de juicio para referir el pasaje a un recurso o al otro, ni una ni otra colocación, a pesar de que las palabras iniciales del texto nos ofrecen el requisito para el ejercicio de la *actio in factum* o del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit: si quis creditorem missum in possessionem rei servandae causa non admiserit*. El texto ha sido objeto de discusión a partir de la corrección de Lenel de *venditor* por *bonorum emptor*. Frese¹⁸⁴ se opone a dicha corrección porque, según él, no ha habido *bonorum venditio* para que se hable de *bonorum emptor*, y en ello tiene razón. Con base en D.2,7,6 da por interpolada la parte final del pasaje [*et puto* - fin]. En el mismo sentido va dirigida la crítica de Solazzi¹⁸⁵, quien muy acertadamente indica que en el trámite normal del concurso de acreedores, el *bonorum emptor* paga parte de la deuda y no la deuda entera como aquí ocurre. Sin embargo, Solazzi mantiene la clasicidad del pasaje y lo reintegra así: *<cum is, cui ex venditor obligatus erat>, creditorem ... non admiserit, si venditor praestiterit ... quaesitum est, an <debito> liberetur* [—]. Por nuestra parte, creemos es necesario tener en cuenta el § pr. para situar el nuestro, hasta donde sea posible, dentro de su contexto. Dice así D. 42, 1,51 pr.: *Si quis dolo malo fecerit, ut bona eius ventrent, in solidum tenetur*; fragmento que, con sorpresa de nuestra parte, Lenel¹⁸⁶ sitúa en el parágrafo 221: *De actionibus, quae ex ante gesto adversus fraudatorem competunt*, como confirmación de que el *beneficium competentiae* no estaba restringido al caso de la *cessio bonorum* sino que se prolongaba en el tiempo¹⁸⁷ para el deudor concursado de buena fe y respecto

183. Cfr LENEL, *Paling.* I col. 1139 y n. 4: *<bonorum emptor>* [*venditor*] Paul.?

184. FRESE, «*Defensio, solutio, expromissio*» des unberufenen Dritten, en *Studi in onore di P. Bonfante* IV (Milano, 1930) p. 447.

185. S SOLAZZI, *Il concorso dei creditori* cit. I p. 165 s

186 LENEL, *EP* 3 p. 432.

187 A pesar de que CJ. 7,75,6 (de Diocleciano, sin año) dice que tenía el «beneficio de competencia» durante un año, pero esto no sería válido para el

a sus adquisiciones futuras, según D. 42,3,6. Si aceptamos esta interpretación de Lenel, lógicamente debemos aceptar también, como hace este autor, que D. 42,1,51 pr. contempla la hipótesis del deudor concursado de mala fe a quien se le niega el *beneficium competentiae* y, por tanto, debe responder *in solidum*. Creemos, entonces, que nuestro párrafo 1 de D. 42,1,51 debe ser la continuación del tratamiento jurídico al deudor insolvente de mala fe que a pesar de tener que responder *in solidum* con sus adquisiciones futuras, sin embargo, para frustrar la nueva aplicación de la *missio in bona* y subsiguiente *venditio bonorum* por los créditos subsistentes o residuales, procede a venderlos (*si quis dolo malo fecerit ut bona eius venirent, in solidum tenetur*). Ahora bien, ya sea el mismo deudor ya el comprador de la cosa (aquí es donde no aparece claro nuestro texto) quien satisface el crédito al acreedor, entonces, queda liberado el deudor, es decir, no se le aplicará ni la *missio in bona* ni la subsiguiente *venditio bonorum*, pero tanto una como otra no serían las iniciales sino las posteriores, por los créditos residuales y respecto a los cuales el deudor concursado de mala fe no tiene el «beneficio de competencia». Por otra parte, el que Lenel refiera D. 42,1,51 pr. y D. 42,1,51,1 a momentos tan distantes del concurso de acreedores, como son el período de la *missio in bona* (donde tendría aplicación nuestra *actio in factum* y a la cual refiere Lenel D. 42,1,51,1) y la situación posterior a la *venditio bonorum* del deudor concursado de mala fe respecto a sus adquisiciones futuras, la denegación del beneficio de competencia y, por tanto, su responsabilidad *in solidum* (situación a la cual Lenel refiere D. 42,1,51 pr.), no obedecería a un tratamiento unitario y ordenado, por parte del jurista Paulo, del tema del concurso de acreedores. Por tanto, hechas estas matizaciones, creemos que tanto D. 42,1,51 pr. como D. 42,1,51,1 no se refieren al trámite inicial de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores y subsiguiente *venditio bonorum* sino a las subsiguientes para el deudor de mala fe y por los créditos residuales que también implican una *missio in bona debitoris* y subsiguiente *venditio bonorum*. Si ello es así, entonces, limitamos dicha *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. a aquellas adquisiciones futuras del deudor concursado de mala fe de cosas muebles y que impide dolosa-

derecho clásico; la pretendida base edictal es improbable, y, en este sentido, M KASER, ZPR p 310 n 19 y A d'ORS, DPR.⁴ p 167 n. 2.

mente el *venire in possessionem del missus in possessionem* para burlar aquel trámite procesal.

Por último, también podría llevarnos a referir a nuestra *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., un pasaje que nos transmite Cicerón, *ad Att.* 1,1,3:

Caecilius, avunculus tuus, a P. Vario cum magna pecunia fraudaretur, agere coepit cum eius fratre A. Caninio Satyro de iis rebus quas eum dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret. Una agebant ceteri creditores, in quibus erat L. Lucullus et P. Scipio et is quem putabant magistrum fore si bona venirent, L. Pontius. Verum hoc rediculum est de magistro.

En contra de otras opiniones doctrinales¹⁸⁸, así lo hace X. d'Ors¹⁸⁹ quien interpreta el pasaje en el sentido de que allí se nos referiría «una reclamación acerca de ciertos objetos que *eum* (demandado) *dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret* (*Caecilius*)», y agrega que «el demandante, en sentido estricto, es *Caecilius*, aunque los otros acreedores se hayan unido a ella: *una agebant ceteri creditores*». En efecto, entendemos que el demandado (*eum*) es el hermano de P. Vario, es decir, Caninio Satyro quien recibió (*mancipio accepisse*) las cosas mediante dolo malo de P. Vario, su hermano, con el fin de defraudar a los acreedores de éste, circunstancia que alega precisamente el acreedor demandante *Caecilius*. Ahora bien, en el texto no se dice si aquella enajenación fue realizada antes del decreto de *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores o después del mismo. En el primer caso, procedería el interdicto fraudatorio siempre y cuando se ejercitase después de la *venditio bonorum*, como muy bien pone de presente

188. En efecto, LENEL, *EP.*³ p. 435 n. 8, refiere el pasaje, junto con D. 42,8,8, al interdicto fraudatorio, aunque reconociendo las dificultades que para ello presentan los dos textos, pues, efectivamente, implicaría aceptar la excepción al principio de que aquel recurso sólo se puede ejercitar después de la *bonorum venditio*. Por su parte, S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*³ I-II (Napoli, 1945) I p. 46 ss., IMPALLOMENEI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico* (Padova, 1958) p. 31 s., y H. ANKUM, «*Interdictum fraudatorium*» et «*restitutio in integrum ob fraudem*», en *Syntelexis Arangio-Ruiz* II cit. p. 783 s., refieren el pasaje a la *restitutio in integrum ob fraudem* o la correspondiente acción rescisoria; tesis a la que X. d'Ors, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 59 ss., opone la no existencia, en el derecho romano clásico, de una *restitutio in integrum ob fraudem*.

189. Cfr. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 102 s.

X. d'Ors, pero no es el supuesto contemplado por Cicerón; en el segundo caso, entonces sí procedería la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. pero que nosotros circunscribiríamos a las cosas muebles. La legitimación activa de esta *actio in factum* corresponde a los acreedores *suo nomine* o al *curator bonorum, alieno nomine*. Respecto a la legitimación pasiva nos encontramos con que, según el testimonio de Cicerón, el demandado es precisamente A. Caninio Satyro, el adquirente del deudor concursado. Cuando X. d'Ors entra en el tema de la legitimación pasiva de la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., inmediatamente después de analizar el supuesto que nos transmite Cicerón, dice que «la legitimación pasiva corresponde a aquel que, con dolo malo, se niega a entregar lo que ha adquirido del deudor después de decretada la *missio in bona*»¹⁹⁰. Por tanto, estamos de acuerdo con este autor en referir el pasaje ciceroniano a nuestra *actio in factum* de D. 43,4,1 pr.; simplemente matizamos su opinión en el sentido de limitarla a las cosas muebles y, por otra parte, destacamos que el dolo malo que sanciona dicha *actio in factum* no es el de la adquisición de los bienes muebles del embargado, que es el que se consigna en nuestro pasaje, sino el consistente en el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, como muy bien destaca ya X. d'Ors.

Así como referimos nuestra *actio in factum* a D. 42,4,14 pr., y a D. 42,1,51,1 en relación con D. 42,1,51 pr., en donde también se menciona el *dolus malus* y a Cic. *ad Att.* 1, 1, 3, a continuación veremos otro texto en el cual, a pesar de hacerse alusión al dolo malo en relación con las *missiones in possessionem*, sin embargo no procede en ese supuesto la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr.; dicho pasaje enmarcado en la crítica más grave que se puede hacer a nuestra tesis.

3. Objeción más grave a nuestra tesis

Un tercer y último aspecto que queremos despejar previamente a entrar en materia sobre nuestra *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. es el siguiente: somos conscientes de que la objeción más grave que se puede hacer a nuestra tesis es la de que la cláusula edictal que anuncia nues-

190. Cfr. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 103. Sobre dicha legitimación pasiva, cfr. *infra* en esta misma sede 6 iii.

tra *actio in factum* de D. 43,4,1 pr.¹⁹¹, no limita la acción a las cosas muebles. En nuestra opinión, ello es perfectamente comprensible porque respecto a los inmuebles ya estaba previsto el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, al igual que ocurre con la *actio ad exhibendum* en la cual no se limita expresamente su aplicabilidad a las cosas muebles, sin embargo sabemos que ello es así, porque, correlativamente, para los inmuebles estaba previsto el interdicto *quem fundum*. Igualmente, la cláusula de D. 39,2,7 pr., donde se anuncia la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado en la *missio in possessionem damni infecti nomine*, tampoco la circunscribe expresamente a los inmuebles pero también sabemos que ello es así porque la *missio in possessionem damni infecti nomine* sólo versa sobre inmuebles. Por último, nos encontramos con D. 36,4,15 (Val. 7 act):

Interdum licet dolo malo fecerit heres, quo minus res in causa hereditaria maneat, non poterit in possessionem earum legatarius mitti, veluti si locum religiosum fecerit aut quid publice consecraverit permissu scilicet imperatoris aut aliquem non in fraudem creditoris manumiserit¹⁹².

Este pasaje nos podría hacer pensar en nuestra *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. y en su aplicabilidad tanto a cosas muebles como inmuebles, según el supuesto de D. 36,4,15. Ahora bien, a pesar de que en dicho supuesto el dolo se refiere tanto a cosas inmuebles (*locus*) como a muebles (*servus*), sin embargo, el *dolus malus* de que se trata en él no es el de nuestra *actio in factum* sino el consistente en sustraer cosas muebles o inmuebles de la herencia antes de la *missio in possessionem* de que se trate y, ya sea el fundo por convertirse en *locus religiosus*, ya sea el esclavo por quedar fuera del comercio al ser manumitido, no son susceptibles de *missio in possessionem*. Consecuentemente, no se plantea en D. 36,4,15 nuestra defensa pretoria del *missus in possessionem*, es decir, ni el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* ni la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., porque estos recursos sólo proceden sobre las cosas —inmuebles o muebles,

191. Cfr. texto infra en esta misma sede 4

192. Salvo la corrección que hace LENEL, *Paling* II col 1201 n. 1: «Valentis actionum libri cum in indice non enumerentur, Krueger pro Valens in inscriptione legendum esse Venuleius suspicatur cui coniecturae etiam fragmentorum series congruit», el texto no ha sido objeto de otras críticas sustanciales.

respectivamente— susceptibles de *missio in possessionem* y después de haber sido ésta decretada por el Pretor¹⁹³.

4. «*Status quaestionis*» y crítica del mismo

Decíamos en el apartado IV de esta investigación que no se nos conservó ni la cláusula edictal del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* ni la fórmula del mismo. Sin embargo, en este título interdictal (D. 43,4), los compiladores sí nos transmiten un edicto en el cual se nos anuncia una *actio in factum*. D. 43,4,1 pr. (Ulp. [72] <62> *ad ed*):

Ait praetor: «Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo eiusve, cuius ea iurisdictione fuit <quae mea est>, in possessionem bonorum sit, in eum in factum iudicium, quanti ea res [fuit] <erit>, ob quam in possessionem missus erit, dabo¹⁹⁴.

A propósito de esta *actio in factum* la romanística no es concorde. Dejando a un lado aquel sector de la doctrina que la niega¹⁹⁵, Le-

193. Cfr D 36,4,5,5 en el mismo sentido de D 36,4,15.

194. LENEL, *EP*³ p. 424 y n. 14, añade <quae mea est> inmediatamente después de . *iurisdictione fuit* con base en la cláusula edictal de D. 39,2,7 pr que nos presenta dicho giro A esta integración del texto se opone RAMADIER, *Les effets de la «missio in bona rei servandae causa»* (París, 1911) p 18 n 3, por ser, según el autor, una alteración arbitraria del pasaje. La aceptan, en cambio, S SOLAZZI, *Il concorso dei creditori* cit. I. p 159 s, y X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit p 97 n. 2 Sobre la delegación de jurisdicción del Pretor Urbano a los magistrados municipales en materia de *damnum infectum*, cfr. F BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 108 y nn. 20, 21 y 22, en donde reintegramos así D. 39,2,4,2, (Ulp. 1 *ad ed*). *An tamen is, qui non admittit, etiam pignoribus a magistratibus coerceatur? non puto, sed [in factum actione] <interdicto (ne vis fiat ei qui in possessione missus erit)> tenebitur: nam et si a praetore missus non admittatur [eadem actione] <eodem interdicto> utendum est.* Corregimos así la especificación que hacíamos en aquella ocasión para el interdicto aplicado a la *missio in possessionem damni infecti nomine*. Siguiendo a MOMMSEN, *ad leg.*, LENEL, *EP*³ p. 424 y n. 15, corrige: *quanti ea res [fuit] <erit>*, con base en el § 5 del mismo fragmento D. 43,4,1. «*Haec verba 'quanti ea res erit'»*; corrección con la que están de acuerdo M. KASER, *Quanti ea res est* cit p. 199 n. 49, y X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 97 n. 2. También fundamentaría esta opinión D. 42,4,14 pr.; cfr. supra en esta sede 2 y n. 176.

195. Así KRUEGER, *ad leg*, quien restituye en D. 43,4,1 pr. un interdicto en lugar de la *actio in factum* que habría sido introducida, según este autor, por

nel¹⁹⁶ propone una corrección al libro de procedencia de este fragmento 1 de D. 43,4; en lugar del libro 72 *ad edictum* de Ulpiano, piensa que procede del libro 62 de la misma obra; lo intercala así dentro de la parte relativa al trámite concursal¹⁹⁷ y fundamenta su opinión en la analogía con la *sedes materiae* del fragmento 2 (D. 43,4) que proviene del libro 59 de Paulo¹⁹⁸, igualmente relativo al trámite concursal. Por otra parte, Lenel da por interpolado D. 43,4,1,2 que, según el autor, generalizaría esta *actio in factum* para los otros tipos de *missiones in possessionem*¹⁹⁹, ya que, según Lenel, Ulpiano en D. 43,4,1,1 da a entender que se refiere sólo a la *missio in possessionem rei servandae causa* y, además, D. 43,4,1,8, que excluye la anualidad de esta acción para la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, no sería más que un tribonianismo²⁰⁰. Por tanto, Lenel mantiene la existencia de una *actio in factum* exclusivamente contra el que obró con dolo para impedir la entrada en posesión de los acreedores *missi in bona debitoris*²⁰¹ y de unos interdictos para reprimir la *vis* hecha al *missus in pos-*

glosema; RAMADIER, *Les effets* cit. p. 74 n. 3, y BESELER, *Mnemosyna Pappulia* (Atenas, 1934) p. 62. En contra, P. DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* II (Pavia, 1916) p. 114; MAIER, *Pratorische Bereicherungsklagen* (Berlín-Leipzig, 1932) p. 60 n. 6, y S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori* cit. I p. 159 s.

196. LENEL, *Paling.* II col. 790 n. 2, y *EP*³ p. 424 n. 11.

197. LENEL, *EP*³ § 216: *Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis in possessionem sit*, p. 424.

198. LENEL, *Paling.* I col. 1077.

199. LENEL, *Paling.* II col. 790 n. 3: «Interpolationem subesse patet: hoc enim edictum ad solam missionem rei servandae causa factam pertinere ipse Ulpianus in § ° precedente significaverat Cfr. etiam § 5». Sobre esta crítica de Lenel, cfr. infra n. 214.

200. LENEL, *Paling.* II col. 791 n. 1. [*excepta legatorum missione*] Cfr. infra n. 223.

201. Téngase en cuenta que no se debe identificar la expresión *missio in possessionem rei servandae causa* como sinónima exclusivamente de *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, como hacen Lenel y otros autores aunque dubitativamente, sino que la última es una especie de la primera. Cfr. supra II 1. Por lo demás, la misma cláusula edictal de D. 43,4,1 pr. en ningún momento dice que se refiera exclusivamente a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, y el comentario de Ulpiano en D. 43,4,1,1, dice que el Pretor propuso la acción a propósito de la *missio in possessionem rei servandae causa*, es decir, no sólo para la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, a raíz de la cual

sessionem legatorum servandorum causa, a la mujer *missa in possessionem ventris nomine* y al *missus in possessionem damni infecti nomine*.

En general, la doctrina romanística contemporánea, al tratar de este problema, ha partido de la tesis leneliana ya sea para aceptarla en bloque, ya sea para matizarla e incluso corregirla, pero sin haber llegado, en nuestra opinión, a una solución satisfactoria. Así, para Ubbelohde²⁰², los compiladores habrían reunido en este título interdictal de D. 43,4, tres recursos procesales: i) una *actio in factum* de resarcimiento del daño para todas las *missiones in possessionem* por el impedimento al *venire in possessionem*; ii) tres interdictos para tutelar los casos especiales de *missiones in possessionem*: *legatorum servandorum causa*, *ventris nomine* y *damni infecti nomine*, y iii) una *actio in factum* concedida al *missus in possessionem damni infecti nomine* para sancionar al que impidió el *venire in possessionem* e incluso, añade el autor, para hacer efectiva la *missio in possessionem*; *actio in factum* cuya cuantía de la sentencia sería equiparable a la de la *actio ex stipulatu*, si se hubiese prestado la *cautio damni infecti nomine*. Por tanto, este autor, en contra de Lenel, acepta que la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. abarcaba a todas las *missiones in possessionem*, incluida la *missio in possessionem damni infecti nomine*, aunque en la práctica, según Ubbelohde, esta *actio in factum* no se habría aplicado a aquélla, ya que la *missio in possessionem damni infecti nomine* ya estaba tutelada por otra *actio in factum* peculiar²⁰³. Para Berger²⁰⁴, el medio de tutela general para todas las *missiones in possessionem* sería la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., mientras que sólo tres casos de *missiones in possessionem* estarían tuteladas por su correspondiente interdicto: la

pudo haber sido introducida en el Edicto, sino también para los demás casos de *missiones in bona*.

202. A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandetta* cit. Parte III-IV p. 146. No es correcto el envío que hace el *Index Interp.* s.l. a este autor, colocándole entre aquellos que dan por interpolado todo el pasaje; todo lo contrario, Ubbelohde acepta la clasicidad del texto.

203. A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 149: «avrebbe difficilmente acquistato pratica importanza per la *missio damni infecti nomine*, essendo l'oggetto della condanna, a cui essa è diretta, designato assai più nettamente nell'*actio in factum* peculiare, promessa dall'editto nella *cautio damni infecti*».

204. A. BEGER, *RE* IX 2, s.v. *interdictum* col. 1609 ss., sub núms. 38,39 y 40, col. 1656 s.

missio in possessionem legatorum servandorum causa, por el interdicto *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*; la *missio in possessionem ventris nomine*, por el interdicto *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*; y la *missio in possessionem damni infecti nomine*, por el interdicto *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*. Según este autor, estos interdictos debieron de resultar superfluos a los compiladores justinianos frente a la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. y de allí que el interdicto correspondiente aparezca mezclado con la *actio in factum*, como, por ejemplo, en D. 43,4,1,8²⁰⁵. En cambio, vuelve a tomar la línea de pensamiento de Lenel, S. Solazzi²⁰⁶, para quien habrían sido los compiladores quienes extendieron la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., exclusiva para la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, a los demás tipos de *missiones in possessionem* y, por consiguiente, la referencia a dicha *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. aplicada a las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine* estaría interpolada, no sólo en D. 43,4,1,2, sino también en D. 43,4,3,2 y D. 43,4,4,4. Dicha *actio in factum*, sólo se concedería, según el autor, contra el que dolosamente ha impedido a un acreedor *missus* entrar en posesión o le ha expulsado de la misma. Por otra parte, Solazzi no acierta a explicar por qué para esta *actio in factum*, exclusiva de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, se exige el *dolus*, mientras que en los interdictos de las otras *missiones in possessionem* se exige la *vis*. Ultimamente, y por vía de hipótesis, ha tratado de dar una explicación a esta diferencia de tratamiento que no se alcanza a explicar Solazzi, X. d'Ors²⁰⁷. Por otra parte, para este

205. Sobre este texto cfr infra en esta sede iv y n 223

206. S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori* cit. I p. 159 s.

207. X d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit p 101 «Es conocida la evolución del dolo de ser un requisito para la existencia de ciertos delitos o un presupuesto para la concesión de determinadas acciones, se sustantiviza convirtiéndose en un tipo delictivo propio e independiente. El primer paso de esta evolución se sitúa en Aquilio Galo. Hasta entonces, según el testimonio de Cicerón (*de nat. deor* 3,30,74: *inde averriculum malstiarum omnium iudicium de dolo malo, quod C Aquilius familiaris noster protulit*), no existía recurso alguno para perseguir el dolo. Hacia esa misma época surgieron otras acciones *in factum* para reprimir distintos tipos de conductas dolosas. La primera noticia que tenemos de un recurso de este tipo a favor de los acreedores, dada también por Cicerón, es en *ad Atticum*, 1,1,3. Cabe conjeturar, por lo tanto, que nuestro edicto puede ser

último autor, se trataría en D. 43,4,1 pr. de una *actio in factum* y no de un interdicto. En efecto, dice, si se quiere pensar en una interpolación justiniana que sustituye la referencia a un interdicto, habría que admitir que se trataría de un interdicto diferente al *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* puesto que, tanto en la cláusula edictal como en el comentario de Ulpiano, no se hace mención alguna de la *vis*, salvo en D. 43,4,1,3 y eso para negar su exigencia: *nec exigitur ut vi fecerit qui prohibuit*. Continúa argumentando X. d'Ors contra la existencia de un interdicto en D. 43,4,1 pr. con la consideración de que de ser así, entonces sería el único interdicto que, manteniéndose en su *sedes materiae* propia, es sustituido sistemáticamente por una *actio in factum*; e igualmente, si se admite que la intención de los compiladores ha sido fundir en un solo varios recursos procesales distintos, al menos por su objeto, para crear una *actio in factum*, sería necesario preguntarse por qué los compiladores han suprimido las referencias del interdicto solamente en el primer fragmento (D. 43,4,1 pr. —8), manteniéndolas en los otros (D. 43,4,3 pr. —3 y D. 43,4,4 pr./1)²⁰⁸. Por su parte, Kaser²⁰⁹ niega que esta *actio in factum*, propia

fechado en el siglo I a C., en relación con aquellas otras acciones *in factum*. Con anterioridad, habría existido solamente el mencionado interdicto *ne vis fiat ei*, que era aplicable a todos los casos de *missio*, incluida la de los acreedores. Quienquiera que fuese el que introdujo esta *actio in factum*, tuvo presente, con razón, que es en la *missio in bona* del concurso de acreedores donde existe un mayor riesgo de actuación dolosa por parte del deudor concursado y, por lo tanto, cabe pensar que se introdujo esta acción precisamente para el caso del concurso de acreedores. En cuanto a la extensión de esta acción a los otros supuestos de *missio rei servandae causa*, puede pensarse, bien en una interpretación jurisprudencial extensiva, bien en una intervención compilatoria, sin que, salvo D. 43,4,1,1, que es una de las consabidas *laudationes edicti*, ninguno de los otros textos —fundamentalmente D. 43,4,1,2; D. 43,4,1,8 ó D. 43,4,3 2— apoven claramente una u otra posibilidad. Esta acción aparece en el siglo I a C., y viene a desplazar un anterior interdicto prohibitorio y restitutorio *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* aplicable a todos los casos de *missio rei servandae causa*, ya fuese un interdicto común, ya varios similares».

208. En sede de conclusiones sobre este problema, X. d'ORS. *El interdicto fraudatorio* cit p 104, afirma lo siguiente: a) «Nos encontramos ante un recurso (la *actio in factum*) para lograr la reintegración a los *bona debitoris* de un objeto cuya posesión se niega dolosamente a los acreedores *missi*. En otras palabras, se trata de garantizar la integridad de los *bona debitoris* durante el tiempo de la *missio in bona*, porque las enajenaciones hechas por el deudor después de la

de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, para sancionar el impedimento doloso al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, sustituya a un interdicto clásico y, siguiendo a Lenel y Solazzi, cree que la extensión de la *actio in factum* a los otros tipos de *missiones in possessionem* para sancionar sus impedimentos al *venire in possessionem* no dolosos («nichtdolose») en D. 43, 4,1,2, fue por manipulación compilatoria²¹⁰

missio no se someten al régimen de revocación por el interdicto fraudatorio, sino que dan lugar, en la medida en que el actual poseedor se niega a ceder su posesión a los acreedores *missi*, a la *actio in factum*. Por lo tanto, el dolo exigido en el demandado, no es tanto el de su *scientia* en el momento de la adquisición, cuanto el de su negativa ante los acreedores *missi in bona*, a pesar de la *proscriptio* pública» b) «Esta acción aparece en el siglo I a. C. y viene a desplazar un anterior interdicto prohibitorio y restitutorio *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, aplicable a todos los casos de *missio rei servandae causa*, ya fuese un interdicto común, ya varios similares» (cfr. supra n. 13). c) «Esta *actio in factum* fue extendida, por obra jurisprudencial o compilatoria, a los otros supuestos de *missio*»

209. M. KASER, ZPR p. 304 y n. 44, y p. 305 y n. 49.

210. A pesar de que nuestra exposición del estado de la cuestión se circunscribe a la romanística crítica, no queremos dejar de consignar el pensamiento de un romanista pre-crítico, quien, por su sistemática, rigor lógico y penetración, aún en nuestros días sirve de punto de partida doctrinal insoslayable en tema de interdictos; nos referimos al ya citado K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer* cit. 304 ss. Este autor, en su monografía, analiza todos los casos de interdictos que vienen complementados por una *actio in factum*, uno de los cuales es precisamente nuestro interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, y para todos aquellos casos de concurrencia de interdicto y *actio in factum*, incluido el nuestro, reconoce que «ueber es ist diese nicht einzige Form: ganz ebenso gut wurde dazu die *in factum actio* angewendet, ohne irgend einen erkennbaren inneren Unterscheidungsgrund» (op cit p. 306). Por tanto, y con relación a la defensa pretoria de las *missiones in possessionem*, acepta conjuntamente ambos recursos, pero sin diferenciar uno de otro, es decir, los equipara y, al encontrarse en dicha defensa con la antítesis de *vis* y *dolus* observa que el *dolus* corresponde exclusivamente a la *actio in factum* y la *vis* quedaría para el interdicto. Ahora bien, la dificultad con que se encuentra Schmidt radica en que tanto el *dolus* como la *vis* son el mismo requisito para el ejercicio de uno u otro recurso: el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*. Como el autor equipara ambos recursos y puesto que el impedimento doloso al *venire in possessionem* es el de la *actio in factum*, entonces «. . . unter welchen weiteren Begriff die *vis* fällt, lediglich als eine Unterart» (op cit. p. 308). Sobre la opinión de este autor respecto a la misma antítesis entre *vis* y *dolus* en D.

Por nuestra parte, aceptamos la corrección que hace Lenel acerca del libro de procedencia de dicho fragmento 1 de D. 43,4: [72] <62>, pero conservamos, a diferencia del mencionado autor y del sector doctrinal que le sigue, el carácter de general que tenía este edicto

43,4,1,2 y D. 43,4,13, cfr. infra nn. 214 y 215. Por otra parte, Schmidt acepta la aplicación, aunque indiferenciada, del interdicto y de la *actio in factum* (la de D. 43,4,1 pr.), para todas las *missiones in possessionem* (op. cit. p. 307: «S ziemlich in allen Fällen der *missio* finden wir beide Formen erwähnt»), incluso la *actio in factum* (repetimos, la de D. 43,4,1 pr.) para la *missio in possessionem damni infecti nomine*, cuyo apoyo textual, según el autor, estaría en D. 43,4,4,2, 4; D. 39,2,4,2; D. 39,2,7 pr. y D. 39,2,15,36 (op. cit. p. 307 n. 35). Como podemos observar, Schmidt confunde la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado (D. 39,2,7 pr. y D. 39,2,15,36; D. 43,4,4,2 y 3; no, en cambio, D. 39,2,4,2; cfr. sobre el mismo supra n. 194) con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr para las restantes *missiones in possessionem*; aunque cfr. supra n. 174, la penetrante crítica de Schmidt a D. 43,4,4,4. Respecto a la *missio in possessionem rei servandae causa* en relación con el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, que no aparece atestiguado en las fuentes para aquel tipo de *missio in possessionem*, con gran agudeza lógica dice Schmidt «wenn dagegen bei dem *rei servandae causa missus* nur der *in factum actio* Erwähnung geschieht, namentlich in fr. 1 § 1. *ne vis fiat*, so ist dass offenbar lediglich ein, durch die Kompilation herbeigeführte zufälligkeit» (op. cit. p. 307 n. 25). En el mismo sentido, BURCKHARD, *Commentario alle Pandette* cit. Parte II p. 423 ss. También queremos consignar aquí la opinión de un romanista crítico que, a pesar de no afrontar directamente el tema general, es decir, el de la defensa pretoria de las *missiones in possessionem*, sí lo toca tangencialmente dado que, como nos ocurrió a nosotros en nuestro estudio sobre los recursos supletorios de la *cautio damni infecti nomine*, no podía menos de circunvalar la defensa pretoria de todas las *missiones in possessionem* a propósito de la especial *missio in possessionem damni infecti nomine*. Nos referimos a G. BRANCA, *Danno temuto* cit. p. 224, quien dice allí lo siguiente: «la L. 1 § 2 D. 43,4 accorderebbe per ogni immissione quell'a *in factum* che protegge il creditore immerso in *bona rei ser*, ma il Lenel ha provato che il testo è corrotto: quel rimedio spettava ai soli creditori e non v'era alcun bisogno di estenderlo agli altri tipi di immissione che sono tutelati da appositi interdetti». Otras posiciones doctrinales que recogen en suma los resultados de la investigación romanística, son las siguientes: P. F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano* cit. p. 1067: «I mezzi coi quali il pretore protegge la *missio in possessionem* variano secondi i casi; ma è anche qui notevole che, salvo in alcuni testi facilmente eliminabile, non trovano neppure in questo caso l'intervento della forza pubblica. A prescindere dal diritto del *missus* di difendersi, costui sarà protetto o con interdetti, o con azioni *in factum*; interdetto, ad es. nel caso di *damnum infectum*: D. 43,4, *Ne vis fiat ei*, 4 pr.; nel caso di *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa*: D.

para las otras *missiones in possessionem*, excepto, por no referirse a muebles, para la *missio in possessionem damni infecti nomine*. En efecto, nada impide que un recurso de carácter general se halle situado en una sede especial, en este caso el concurso de acreedores, es decir, en uno de los muchos casos de *missio in possessionem rei servandae causa*, incluso admitiendo que esta *actio in factum* pudo haber nacido a propósito de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores. Por lo demás, simétricamente, se nos plantea la misma situación respecto al interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, el cual, a pesar de hallarse, en el Edicto, en sede de interdictos *de universitate*, también tiene carácter general para todas las *missiones in possessionem*, incluso para aquélla en la cual el interdicto no tendría naturaleza *de universitate*, como en el caso de la *missio in possessionem damni infecti nomine*. El partir de un criterio diferente, es decir, que un recurso situado en una parte especial no podía tener carácter general para otros institutos, llevó a Lenel, en nuestra opinión erróneamente, a negar el carácter de general a esta *actio in factum*, para circunscribirla, no ya incluso a la *missio in possessionem rei servandae causa*,

36,4, *Ut in poss*, 5,27; D. 43,4 *Ne vis fiat ei*, 3 pr. *Azione in factum*, nel caso di *missio in possessionem rei servandae causa*. D. 43,4 *Ne vis fiat ei*, 1 pr. J. ARIAS-RAMOS, *Derecho Romano* cit. p. 190, refiriéndose a las *missiones in possessionem* dice que «eran éstas autorizaciones del magistrado a una persona para que se pusiera en la posesión ., amparando además a dicha persona en tal posesión por medio de interdictos o de acciones *in factum*». Para URSICINO ALVAREZ SUÁREZ, *Curso de derecho romano* cit. p. 499: «Por último, debe consignarse que si el interesado se opone a que el favorecido por la *missio* entre en posesión de los bienes, para lograrlo le otorga el pretor, en algunos casos, un interdicto, y en otros, una *actio in factum*. Se le otorga un interdicto en el caso del *damnum infectum* (D. 43,4,4 pr.) y en el de *missio legatorum servandorum causa* (D. 36,4,5, 27; D. 43,4,3 pr.), y una *actio in factum* en el caso de la *missio in possessionem rei servandae causa* (D. 43,4,1 pr.)». V. SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, trad. de S. Sentis Melendo y M. Ayerra Redin (Buenos Aires, 1954) p. 89; «Quien es *missus in possessionem* queda defendido por esa toma (de posesión); y después, en su posesión, mediante interdictos especiales (*Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, D. 43,4) y acciones *in factum*, según los diversos ataques que pueden hacersele». Vid. últimamente A. d'ORS, *DPR* 4 p. 132: «El Pretor ofrece al *missus* un interdicto para que no se le impida entrar en los inmuebles (D. 43,4), y una acción *in factum* contra el que le impide dolosamente tomar posesión de los muebles, o ha dejado dolosamente de poseerlos (D. 43,4,1,2 *in fine*)» (cfr. supra en n. 12 la posición anterior en *DPR* 3 del mismo autor)

sino, dentro de este grupo, exclusivamente a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores y, por otra parte, a escindir el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* en tantos tipos cuantas *missiones in possessionem* distinguía el Edicto y la jurisprudencia, excepto para la *missio in possessionem rei servandae causa*, para la cual no existe apoyo textual²¹¹. La misma crítica que a Lenel se puede hacer a Solazzi puesto que asume plenamente la tesis leneliana. Cabe destacar, sin embargo, un planteamiento acertado de Solazzi y que no resuelve: ¿por qué para la *actio in factum* se exige el *dolus* en el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, mientras que para el interdicto se exige la *vis* en el mismo impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*? La explicación al anterior planteamiento de Solazzi por X. d'Ors como un proceso de evolución de la *vis*, sancionada por el interdicto, hasta llegar a la doctrina del *dolus*, introducida por Aquilio Galo, sancionado por la *actio in factum*, no satisface plenamente en este tema de las *missiones in possessionem* porque ella implicaría, entonces, que la *vis* habría perdido su entidad propia. Además, si, a propósito de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, la *actio in factum* desplazó al interdicto ¿por qué subsistió este último recurso procesal en las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine* en concurrencia con la *actio in factum*? No es suficiente responder que era en la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores donde existía mayor riesgo de actuación dolosa por parte del deudor concursado porque ello no excluye que, aunque quizá con menor riesgo, también se diera el *dolus* en las otras dos *missiones in possessionem*. Por otra parte, ¿cómo se explica que también en la *missio in possessionem damni infecti nomine* se distinga la *vis*, sancionada por el interdicto, del *dolus*, sancionado por la *actio in factum* propia de este tipo de *missio in possessionem*? En cambio, este autor matiza prudentemente la afirmación de Lenel de que la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. fue extendida a los otros casos de *missiones in possessionem* por manipulación

211. Sin embargo, llama la atención el hecho de que si conservamos la *inscriptio* actual del texto, es decir, como proveniente del libro 72 *ad edictum* de Ulpiano, entonces esta *actio in factum* estaría situada en la parte final del título 43 del Edicto Perpetuo, donde nos encontramos acciones complementarias de interdictos. Así: la acción Serviana, complementaria del interdicto Salviano y nuestra acción, sorprendentemente, se hallaría próxima al interdicto fraudatorio.

compilatoria, dejando abierta la posibilidad de que también pudo haber sido extendida por interpretación jurisprudencial, aunque para X. d'Ors los textos no permiten sostener ni una ni otra posibilidad. Por su parte, Ubbelohde y Berger mantienen el carácter general de esta *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. para todas las *missiones in possessionem*, incluida la *missio in possessionem damni infecti nomine*, aunque, según el primero, como esta *missio in possessionem* ya tenía su *actio in factum* peculiar (D. 39,2,7 pr.), no sería necesaria ésta de D. 43,4,1 pr. y, para el segundo autor que ni siquiera habla de la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado en la *missio in possessionem damni infecti nomine*, la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. habría hecho que el interdicto —o los interdictos, según él— le pareciera superfluo a los compiladores justinianos. Lo que no distinguen estos dos autores es la función específica de la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado en la *missio in possessionem damni infecti nomine* y la función propia de la *actio in factum* de los otros tres tipos de *missiones in possessionem* y, por tanto, tampoco distinguen entre la función específica de estas dos *acciones in factum* y la del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. La confusión, no ya de los anteriores autores sino de la doctrina en general, se hace mayor por cuanto este interdicto no se halla atestiguado en las fuentes para la *missio in possessionem rei servandae causa*, pero también porque el interdicto es utilizado por los compiladores justinianos para refundir, además, las dos *acciones in factum*. La confusión de recursos jurídicos en materia de *missiones in possessionem* ha determinado la ambigüedad de la doctrina para referirse, o mejor para no saber a qué referirse, cuando, en este tema de las *missiones in possessionem*, se nos habla indiscriminadamente unas veces de *vis* y otras de *dolus*. Pero a la doctrina actual se le puede hacer esta observación de fondo: que realmente era muy difícil llegar a una solución viable del problema sin antes haber orientado el tema a partir de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, presupuesta la solución de los problemas concretos que ésta planteaba; especialmente la de su *actio in factum*, la cual, sin la integración de su requisito del *damnum* causado que hemos hecho por primera vez en la doctrina con motivo de nuestro estudio sobre la *cautio damni infecti nomine* y sus recursos supletorios, además de los que aparecen expresamente en la cláusula edictal de D. 39,2,7 pr. y

más exactamente el no dar la *cautio de damno infecto* e impedir el *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, resultaba fácilmente confundible, no sólo con el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, sino también con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. La romanística contemporánea comenzó a alejarse más de una posible solución lógica cuando, a partir del estudio de G. Branca, admitió que la acción de D. 39,2,7 pr. era una acción ficticia; desorientada dicha doctrina por la equiparación de la *condemnatio* de esta acción a la de la *actio ex stipulatu* derivada de la *cautio damni infecti nomine*, sin darse cuenta que dicha equiparación en nuestra *actio in factum* (D. 39, 2,7 pr.) opera en la misma *condemnatio* y no en la *intentio* de la misma *actio in factum*; doctrina que rebatimos ya en nuestro estudio y que ahora confirmamos plenamente como errónea. Decíamos que era muy difícil llegar a una solución lógica del problema global sin partir de la *missio in possessionem damni infecti nomine* porque, desde el punto de vista del procedimiento clásico, es este tipo de *missio in possessionem* el que se diferencia de los otros tipos de *missiones in possessionem*, y se diferencia de éstas en lo siguiente: i) que la *missio in possessionem damni infecti nomine* sólo recae sobre bienes inmuebles, y ii) que en la *missio in possessionem damni infecti nomine* se da una *actio in factum* propia por el resarcimiento del daño causado cuando no se dio la *cautio de damno infecto*, se impidió el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre el inmueble y entretanto se causó el daño. Por tanto, todas las demás *missiones in possessionem* tienen o pueden tener estas características comunes: i) que recaen o pueden recaer sobre bienes inmuebles y sobre bienes muebles, conjuntiva o disyuntivamente, y ii) que, por consiguiente, su régimen de tutela pretoria es o puede ser lógicamente unitario.

5. «*Actio in factum*» por el impedimento doloso al «*venire in possessionem*» de la cosa mueble del «*missus in possessionem*», es decir, contra el que impide dolosamente tomar posesión de los muebles o ha dejado dolosamente de poseerlos, en las «*missiones in possessionem rei servandae causa*», «*legatorum servandorum causa*» y «*ventris nomine*»

Después de la transcripción de la cláusula edictal de la *actio in factum* en D. 43,4,1 pr., el mismo jurista Ulpiano explica la motivación de la misma en D. 43,4,1,1 (Ulp. [72] <62> ad ed.):

Hoc edictum summa providentia praetor proposuit: frustra enim in possessionem mitteret rei servandae causa, nisi missos tueretur et prohibentes venire in possessionem coereret ²¹².

Esta motivación de la *actio in factum* se limita aquí a la *missio in possessionem rei servandae causa* y nos puede confirmar en la idea de que pudo haber tenido su origen a propósito, principalmente, de uno de sus casos: la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, como también nos lo confirma la segunda parte de D. 43,4,3,2 ²¹³. Sin embargo, Ulpiano, ateniéndose a su clasificación de las *missiones in possessionem*, precisamente desde el punto de vista procesal, es decir, de la defensa pretoria de las mismas, nos dice en D. 43,4,1,2 (Ulp. [72] <62> *ad ed.*):

Est autem generale hoc edictum: pertinet enim ad omnes, qui in possessionem a praetore missi sunt: convenit enim praetori omnes, quos ipse in possessionem misit, tueri. sed sive rei servandae causa sive legatorum aut ventris nomine in possessionem missi fuerint, habent ex hoc edicto in factum actionem, sive doli sive aliter prohibuerint ²¹⁴.

212. Sobre la autenticidad de este fragmento no ha habido mayor controversia, salvo la sospecha de HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon* ¹¹ cit s. v. *providentia*, p. 474, determinada por el giro *summa providentia*; giro que también aparece en D. 26,4,1 pr. En el mismo sentido F PRINGSHEIM, *Die Archaistische tendenz Justinians*, en *Studi in onore di P. Bonfante* I (Milano, 1930) p. 570 n. 125 y p. 586 [= *Gesammelte Abhandlungen* II (Heidelberg, 1961) p. 9 ss.]. Para E. ALBERTARIO, «*Providentia*» nelle fonti giuridiche romane, en *Studi di diritto romano* VI (Milano, 1953) p. 168 s. [= *Athenaeum* 16 (1928) p. 169 s.], se trataría de una *laudatio edicti*. Algún autor (cfr. A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 147 n. 4), siguiendo la integración de Krüger a D. 43,4,1 pr. (cfr. supra n. 195) de <*interdictum*> por [*actio*], también pretendió reintegrar en nuestro texto (D. 43,4,1,1) <*interdictum*> por [*actio*]; tesis que no tuvo aceptación en la doctrina, pues creaba un problema de confusión mucho más grave.

213. Sobre este texto cfr. infra en esta sede 9 ii y n. 245.

214. Como hemos visto, Lenel (cfr. supra en esta sede 4 y n. 199) da por interpolado este fragmento al sostener que esta *actio in factum* sólo concernía a la *missio in possessionem rei servandae causa*, entendiendo por ésta la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores y en ello le sigue buena parte de la doctrina; además de Solazzi (cfr. supra n. 206) también le sigue P. DE FRANCISCI, *Synallagma* cit. p. 115 s. En cambio, Ubbelohde (cfr. supra n. 202) y Berger (cfr. supra n. 204) se oponen a la tesis leneliana y aceptan la autenticidad com-

El mismo jurista vuelve a reiterar la diferenciación entre *vis* y *dolus* en D. 43,4,1,3 (Ulp. [72] <62> *ad ed.*):

Haec actio non tantum eum tenet, qui prohibuit quem venire in possessionem, sed etiam eum, qui possessione pulsus est, cum venisset in possessionem. nec exigitur, ut vi fecerit qui prohibuit²¹⁵.

pleta del texto, y S. Solazzi (cfr supra n. 20) sólo da por interpolada la *missio in possessionem ventris nomine* que para él es una *bonorum possessio ventris nomine*, pero acepta, salvo dicha crítica, la autenticidad no sólo de D. 42,4,12, sino también la del presente fragmento. De asumir la tesis de Lenel, entonces tendríamos que aceptar igualmente que ni la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* ni la *missio in possessionem ventris nomine* recaen sobre cosas muebles, cosa imposible de afirmar. A sensu contrario, Ulpiano cuidadosamente excluye de esta enumeración la *missio in possessionem damni infecti nomine*, ya que ésta sólo puede versar sobre inmuebles. Por consiguiente, el texto no sólo es clásico, sino que también consigna una enumeración completa dentro de la misma clasificación, y no meramente enunciativa, es decir, se justifica plenamente el que Ulpiano hubiese excluido de esta *actio in factum* aquel tipo de *missio in possessionem* particular en el sentido de que únicamente recae sobre inmuebles. Por otra parte, también critica LENEL, *Paling.* II col. 790 n. 4, la parte final del texto: [*sive doli sive aliter prohibuerint*], diciendo que «haec nescio utrum librario an compilatoribus debeantur», dado que resulta incongruente decir que los *missi in possessionem* tienen la *actio in factum* «si hubieran impedido entrar en posesión con dolo o de otra manera». Esta incongruencia ha determinado variados intentos de corrección: así MOMMSEN, *ad leg.*, siguiendo a Fabro, lo corrige de esta forma: *sive domini sive alii prohibuerint*, es decir, «sean propietarios o no los que impidieron entrar en posesión». Según el testimonio del Digesto Milanes y de A. UBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 148 n. 6, distintas ediciones de la Vulgata traen: *sive dominus sive aliter prohibuerit*, que tendría el mismo significado de la corrección de Mommsen, pero aquí en singular K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer* cit p. 308 n. 27. reconstruye así esta parte final de nuestro texto: *sive adversarii vi sive aliter prohibuerint* reconstrucción que desecha A. UBELOHDE. *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 148 n. 6, ya que implicaría admitir que también la *missio in possessionem rei servandae causa* está tutelada por el *interdicto ne vis fiat ei*, cosa que Ubelohde no acepta, dado que no existe base textual para afirmarlo. En cambio, en Bas. 51,5,2 se lee el equivalente de *sive dolo sive aliter prohibiti fuerint*. De aceptar alguna de las correcciones anteriores nos decidimos, no por la corrección, sino por la lectura actual de los Basílicos. En efecto, como hemos afirmado anteriormente, el impedimento al *venire in possessionem* de una cosa mueble normalmente se realizará de forma dolosa, por ejemplo, enajenando la cosa; ocultándola o, incluso, destruyéndola.

215. Curiosamente, como en el texto anterior, también aquí se presenta una

6. Régimen de la acción

Debemos advertir aquí lo siguiente: como posiblemente esta *actio in factum* nació a propósito de la *missio in possessionem rei servandae*

incongruencia en la lectura del pasaje y precisamente a propósito de aquella diferenciación entre *vis* y *dolus*. Veamos las críticas que ha suscitado este pasaje. Aunque el *Index Interp. s.l.*, nos indica que Berger da por interpolado todo el texto, sin embargo BERGER, *Miszellen* cit., en *SZ.* 36 (1915) p. 214 n. 1, simplemente critica la opinión de K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer* cit. p. 308, pues «Schmidt beruft sich insbesondere auf die stark verderbte D. 43,4, 1,3, die aber nur von der *actio in factum* spricht», para rechazar la asimilación entre interdicto y *actio in factum* que hace Schmidt, cosa frecuente en la doctrina como a nosotros mismos nos ocurrió en ocasión anterior (cfr. supra n. 146). Por su parte, MOMMSEN, *ad leg.*, corrige el texto de esta forma: *non tantum tenet cum quis prohibuit quem venire in possessionem, sed etiam cum quis possessione pulsus est*, y X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 98 n. 7, siguiendo al Digesto Milanés, *ad leg.*, lo integra así: *Haec actio non tantum eum tenet, qui prohibuit quem venire in possessionem, sed etiam eum <a quo> qui (—) <s> possessione pulsus est, cum venisset in possessionem: [nec exigitur, ut vi fecerit qui prohibuit]*. Ambas correcciones expresan la idea correcta aunque la del segundo autor altera mucho menos la construcción gramatical del texto. En efecto, con la lectura actual es incongruente afirmar que con la *actio in factum* puede ser demandado no sólo aquel que impidió al *missus in possessionem* entrar en posesión de la cosa, sino también aquel «*qui possessione pulsus est*», es decir, «aquel que fue expulsado de ella». Por otra parte, X. d'Ors (loc. cit.) considera como compilatoria la parte final del pasaje precisamente, según el autor, por la «fusión de un único recurso». A este respecto, nosotros volvemos sobre lo que venimos afirmando: el jurista está diferenciando el medio de impedir el *venire in possessionem* sobre un inmueble que sólo puede realizarse mediante *vis*, del impedimento al *venire in possessionem* sobre una cosa mueble que puede realizarse también mediante *vis*, pero principalmente mediante *dolus*. Por tanto, aceptamos aquella primera corrección de X. d'Ors, pero podemos mantener la parte final como clásica. Por otra parte, a diferencia del término técnico que se emplea para calificar la «expulsión» de un inmueble, al menos en lo que se refiere al interdicto *Unde vi, deiectio*, en lo que respecta a esta *actio in factum* no se habla de *deiectio* sino de *pello* (*pulsus est*), una de cuyas significaciones es la de «trasladar de un lugar a otro». Sin embargo, debemos consignar aquí que el verbo *deicere* también aparece en las fuentes aplicado a cosas muebles; así, en D. 9,2,7,2; D. 9,2,11 pr.; D. 9,2,31 pr. D. 9,2,11,4; D. 9,2,5,7; D. 9,2,53; D. 9,3,1 pr.; D. 9,3,2; D. 9,3,5,5; D. 9,3,7; D. 21,1,17,6; D. 35,1,55; D. 39,2,24,4, y D. 50,16,30,1; cfr. *VIR*, s. v. *deiecio* col. 140 L. 50 ss. En cambio, el giro *pulsus est* que emplea el jurista en nuestro texto, aparece en muy pocos pasajes; además del nuestro, D. 1,2,2,51; D. 39,4,10,1; D. 49,16,3,9 y 14; D. 49,16,5,1 y SP. 5,21,1 y no referido exclusivamente a cosas muebles. Cfr. *VIR*, s. v. *pello* col. 597 L. 5 ss

causa y más concretamente a propósito de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, todo el fragmento 1 de D. 43,4, así como el fragmento 2 del mismo título interdical, nos ofrecen las características de esta *actio in factum* referidas precisamente a aquel tipo de *missio in possessionem rei servandae causa*, pero creemos que, en general, dichas características son valederas para las demás *missiones in possessionem*, tanto para las demás de la *missio in possessionem rei servandae causa* como para las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*. No, en cambio, para la *missio in possessionem damni infecti nomine*, la cual dispone de su *actio in factum* propia y con otros presupuestos, como hemos visto. Naturalmente que, según la *missio in possessionem* de que se trate, donde se presente alguna variante en el régimen de la acción, entonces la destacaremos en su lugar. Es natural pensar en diferencias de régimen de esta *actio in factum*, según los casos, contra el que impedía el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* en la cosa mueble, y en la que los caracteres propios de las acciones penales o de origen penal no se darían siempre con igual intensidad.

i) *Naturaleza jurídica*

Esta *actio in factum* es delictual por su origen aunque no penal por su condena²¹⁶ y, por tanto, conserva algunas de las características de las acciones penales; así, la anualidad de la misma y la intransmisibilidad pasiva²¹⁷.

ii) *Legitimación activa*

Respecto a la legitimación activa de esta *actio in factum* podemos decir, en general, que compete no sólo al *missus in possessionem legatorum servandorum causa* o *ventris nomine*, sino también al *missus in possessionem rei servandae causa*. Sin embargo, se debe hacer la si-

216. Sobre la *condemnatio* de esta *actio in factum*, vid. infra en esta sede 6 v.

217. Aunque cfr. infra 6 iv sobre una excepción textual a estas características.

guiente matización: respecto a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, también estaría legitimado activamente el *curator bonorum*, como se puede deducir de D. 43,4,2 pr. (Paul. 59 *ad ed.*):

Suo quis an alieno nomine prohibitus sit, nihil interest: haec enim verba 'quanti ea res est' referenda sunt ad personam domini .²¹⁸.

Referimos este pasaje, que no ha sido objeto de crítica que nosotros sepamos, a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, porque, como ya hemos visto, proviene del libro 59 *ad edictum* de Paulo que corresponde al concurso de acreedores. Por tanto, el *alieno nomine* del texto lo podemos referir al *curator bonorum*, aunque como el mismo pasaje dice, también se podría demandar *suo nomine*, es decir, que cualquiera de los acreedores *missi in bona* puede ejercitar directamente la acción, independiente de que los otros acreedores se unan a su reclamación²¹⁹. Así, pues, aunque el pasaje se circunscribe a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, no vemos ninguna razón para que legitimado activamente a esta acción lo sea también el representante —si lo hubiese— en todos los demás casos de *missio in possessionem rei servandae causa*, como también en las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*.

iii) Legitimación pasiva

Legitimado pasivamente a esta acción será el que, después del decreto de *missio in possessionem* y para frustrar la eficacia del mismo respecto a las cosas muebles, le impide el *venire in possessionem* al *missus in possessionem*, ya sea maliciosamente, caso más normal, como ocultándola, traspasándola a otra persona o destruyéndola, ya sea incluso violentamente, por ejemplo, cuando, a pesar de tener ya la detentación de la cosa mueble el *missus in possessionem*, su adversario la recuperó por violencia. Pero también aquí, como ya en la legitimación activa de la acción, estará legitimado pasivamente a la acción el que impidió el *venire in possessionem*, no *suo nomine*, sino *alieno nomine*, como lo dice expresamente D. 43,4,2,1 (Paul. 59 *ad ed.*):

218. Sobre el § 1 de este fragmento, cfr. *infra* en esta misma sede 6 iii.

219. Sobre esto último, cfr. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 102 s.

Item tam is tenetur, qui suo nomine, quam qui alieno nomine prohibuit.

Pasaje que, referido a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, igualmente se puede aplicar a todas las demás *missiones in possessionem*. En cambio, como es natural, si el impedimento al *venire in possessione* de la cosa mueble se realiza con el consentimiento del *dominus* o del *pater familias*, por un esclavo o un hijo de familia, se dará la acción directamente contra aquéllos y no contra los sometidos. D. 43,4,1,7 (Ulp. [72] <62> *ad ed.*):

Si domini vel patris voluntate prohibitus quis sit a possessione, in ipsos dabitur actio, quasi per alios hoc fecerint²²⁰.

Por otra parte, no estarán legitimados pasivamente a esta *actio in factum*, el loco y el *pupillus*, ya que no son *capaces doli*. Sin embargo, en lo que respecta al *pupillus*, su incapacidad delictual, como sabemos, llega hasta los siete años y, por tanto, a partir de ella se le podrá demandar directamente por su dolo. En efecto, nos dice D. 43,4,1,6 (Ulp. [72] <62> *ad ed.*):

Hoc edicto neque pupillum neque furiosum teneri constat, quia affectu carent. sed pupillum eum debemus accipere, qui doli capax non est: ceterum si iam doli capax sit, contra erit dicendum. ergo et si tutor dolo fecerit, in pupillum dabimus actionem, si modo solvendo sit tutor: sed et ipsum tutorem posse conveniri Iulianus scribit²²¹.

220. Viceversa, si la conducta dolosa del esclavo o del hijo de familia se realizó sin consentimiento del *dominus* o del *pater familias*, la *actio in factum* se dará directamente contra el esclavo o el hijo de familia; pero, entonces, la acción se encontrará con el obstáculo de otro poder que es el de la potestad dominical o paterna, respectivamente, y consecuentemente la acción, en este caso, debería ser la noxal, en congruencia con el carácter delictual de la acción. En este sentido de admitir la noxalidad de esta *actio in factum*, A. UBBELOHDE, *Comentario alle Pandette cit.* Parte III-IV p. 151. Sobre la noxalidad, vid. últimamente TERESA GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (Pamplona, 1981).

221. El texto ha sido objeto de críticas razonables por la dificultad de establecer hasta qué punto debía el pupilo responder de los actos del tutor solvente. Dejando a un lado las críticas que consideran interpolado el pasaje, para un autor desde [*quia - dicendum*], y para otro desde [*sed pupillum - dicendum*];

Por último, se debe tener en cuenta que de las cosas muebles susceptibles de *missio in possessionem* se deben separar aquéllas ajenas del legitimado pasivamente y las propias pero sujetas a prenda, lo mismo que ocurre con los inmuebles ajenos bajo control del legitimado pasivamente o los propios pero sujetos a hipoteca. Téngase en cuenta que los mismos principios se deben aplicar cuando el legitimado pasivamente a la *actio in factum* es un tercero y no el mismo embargado. Nos dice D. 43,4,1,4 (Ulp. [72] <62> *ad ed.*):

Si quis ideo possessione arcuerit, quia rem suam putabat vel sibi nexam vel certe non esse debitoris, consequens est, ut hoc edicto non teneatur²²².

Por tanto, cuando el legitimado pasivamente a la *actio in factum* por el impedimento al *venire in possessionem* es un tercero, éste alegará que no actuó con dolo porque pensaba (*putabat*) con fundamento que la cosa mueble era propia o siendo del embargado estaba sujeta a prenda y, por tanto, exceptuadas de la *missio in possessionem*. Así, pues, dado que el presupuesto doloso de nuestra *actio in factum* no se daría en este caso, tampoco prosperaría contra el tercero legitimado pasivamente a la *actio in factum*. Creemos que no es necesario pensar en una *exceptio* para el legitimado pasivamente, pues resultaba más práctico que en la misma *causae congnito* de la *actio in factum* el legitimado pasivamente alegara tal circunstancia de hecho que conduciría a una *denegatio actionis*, precisamente por no darse el presupuesto de la *actio in factum*: el dolo de impedir el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre la cosa mueble, pues en nuestro caso aunque sí hubo impedimento a dicho *venire in possessionem*, aquél fue legítimo.

cfr. *Index Interp.* s.L., S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, en *BIDR* 24 (1911) p. 125 n. 4, sostiene que el pasaje no fue «riportato integralmente» por los compiladores; critica así el *ergo* claudicante, ya que resulta una contradicción decir que la acción se dará contra el pupilo precisamente si el tutor es solvente. Quizá esta última parte del texto decía originariamente: *ergo etsi tutor dolo fecerit, in pupillum dabimus actionem [si modo solvendo sit tutor]: sed et ipsum tutorem posse conveniri Iulianus scribit.*

²²². MOMMSEN, *ad leg* añade <creditorum> tras *arcuerit*, lo cual no afecta la sustantividad del texto. El término *nexam* que no es muy corriente en las fuentes, se debe referir a cosas muebles y, por tanto, a la prenda.

iv) *Plazo para el ejercicio de la acción e intransmisibilidad pasiva*

Atendiendo a su naturaleza penal, el plazo para el ejercicio de esta *actio in factum* es el de un año (*actio annalis*), y por la misma razón se explica su intransmisibilidad pasiva. Debemos pensar que tanto una como otra características son generales para la *actio in factum* de las otras *missiones in possessionem*. Pero en D. 43,4,1,8 (Ulp. [72] <62> *ad ed.*) se excluye tanto la anualidad como la intransmisibilidad pasiva para la de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*: Dice así:

Hanc actionem excepta legatorum missione intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredes [similesque personas] dabitur [nisi in id quod ad eas pervenit]: sed heredi [similibusque personis] dabitur. nam cum prohibitus quis est legatorum vel fideicommissorum causa possessionem adipisci, tunc actio et perpetua est et in heredem dabitur, quia est in potestate successorum evitare interdictum satisfactione oblata²²³.

223. Como ya habíamos visto (cfr. supra en esta sede 4 y n. 205) para BERGER, *RE IX 2*, s.v. *interdictum col.* 1609, sub núms. 38, 39 y 40, col. 1656 s., este § 8 estaría fuertemente interpolado («stark überarbeitet») (no interpolado totalmente como señala el *Index Interp.* s.l. en referencia a este autor), ya que aparecen allí confundidos el interdicto y la *actio in factum*, y en el mismo sentido A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 157 y n. 18. Otra parte interpolada y que nosotros aceptamos como tal, es la referencia a las personas equiparadas a los herederos: *similesque personas y similibusque personis*; cfr. en este sentido KRUEGER, *ad leg.*, C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano* cit. p. 151 n. 2, y X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 103. Para LENEL, *Paling II* col. 791, la exclusión de la intransmisibilidad pasiva y la anualidad de la *actio in factum* en la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* sería un tribonianismo; tesis generalmente admitida en la doctrina. Finalmente, para P. DE FRANCISCI, *Studi sopra le azioni penale e la loro intrasmisibilità passiva* (Milano, 1912) p. 77, y E. ALBERTARIO, *Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento dell'erede*, en *BIDR.* 26 (1913) p. 109 y p. 111 (= *Studi di diritto romano IV* (Milano, 1946) p. 369 ss.), estaría interpolada la parte [nisi in id quod ad pervenit], ya que ésta sería, según ellos, la fórmula típicamente justiniana para la extensión de la responsabilidad a los herederos. De estas críticas, la más importante, en nuestra consideración, es la que excluye la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* de las características de la *actio in factum* referentes a la anualidad y la intransmisibilidad pasiva. La motivación de la misma, en la redacción actual del texto, radica en que los herederos del heredero pueden evitar el «interdicto» —en

Esta excepción al principio de intransmisibilidad debe explicarse así: la *actio in factum* presupone siempre el dolo del demandado que retiene el mueble frente al *missus in possessionem*, y, por tanto, no se puede dar contra el heredero del que incurrió en ese dolo, sin retener el mismo dolosamente; por ejemplo, cuando su causante destruyó la cosa o la enajenó dolosamente y, por ello mismo, no puede ser retenida por su heredero. Ahora bien, en el caso del heredero del heredero que estaba obligado a cumplir un legado se considera que aquél sigue estando obligado a indemnizar por el acto del causante que hizo por acto propio que resultara imposible el cumplimiento de aquel legado, y esa persistencia de la obligación del causante en la persona de su heredero hace que se pueda exigir de este último la *cautio legatorum servandorum gratia* y, en caso de no darse ésta, la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* con la correspondiente *actio in factum*²²⁴. Sólo en ese caso puede decirse que hay una obligación del heredero, y por eso sólo en ese caso la *actio in factum* es transmisible contra él, y por eso mismo es perpetua.

v) «*Condemnatio*» de la acción

La reintegración que aceptamos en D. 43,4,1 pr.: *quanti ea res [fuit] <erit>, ob quam in possessionem missus erit*²²⁵ se fundamenta, principalmente, en un pasaje referido exclusivamente a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores. Se nos dice en D. 43,4,1,5 (Ulp. [72] <62> *ad ed.*):

esta parte el fragmento no habla de *actio in factum*— ofreciendo la caución de los legados. Es extraño que el texto, en su parte final hable de «interdicto» cuando se venía tratando de la acción *in factum* respecto al plazo para el ejercicio de ésta y su intransmisibilidad pasiva. Por otra parte, el hecho de que los compiladores hablen indistintamente de interdicto y *actio in factum*, no sólo en este pasaje sino también en otro de nuestro título interdictal (D. 43,4), nos lleva a pensar, una vez más en la intención deliberada de los compiladores de refundir ambos recursos. Sobre la intransmisibilidad interdictal, vid. ahora F. BETANCOURT, *Sobre la pretendida transmisibilidad de los interdictos* (en prensa). Cfr. infra en esta sede 9 II y n. 245, D. 43,4,3,2, donde aparecen acumulados el interdicto y la *actio in factum*.

224. Incluso cuando el legado era vindicatorio, pues, al hacerse imposible la acción real, se convierte en damnatorio en virtud del Senadoconsulto Neroniano.

225. Cfr. supra en esta sede 4 y n. 194.

Haec verba 'quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit' continent utilitatem creditoris, ut quantum eius interest possessionem habere, tantum ei qui prohibuit condemnetur. proinde si ob falsum creditum [vel ob falsam petitionem] missus est in possessionem vel si exceptione summoverti potuit, nihil ei debet prodesse hoc edictum, quia propter nullam causam in possessionem missus est ²²⁶.

Si en el régimen de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, la *condemnatio* de la acción *in factum* está referida, no al valor de la cosa o cosas muebles, las cuales no pudo tomar el acreedor por el impedimento doloso del deudor, sino al interés que implique la *missio in bona* sobre ellas, lo mismo se puede decir para todos los demás casos de *missio in possessionem rei servandae causa*. Pero también añade el texto que si el *missus in possessionem* fue puesto en ella por un falso crédito o al que se podía oponer una excepción, la *actio in factum* será paralizada por la misma excepción de la misma manera que, en el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* para los inmuebles, la *actio ex interdicto* podía ser neutralizada mediante la misma *exceptio* ²²⁷.

Sin embargo, en lo que respecta a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, la *condemnatio* estará referida al valor mismo del legado. En efecto, nos dice D. 42,4,14,1 (Paul. 2 *quaest.*):

Sed et si quis legatorum servandorum causa missus in possessionem admissus non est, si legati condicio pendeat, licet possit deficere, aestimatur tamen id quod legatum est, quia interest eius cautum habere ²²⁸

226. BESELER, SZ 47 (1927) p. 368, hace una reconstrucción del texto que no afecta a la parte sustancial del mismo para nuestro objetivo actual. *Ait praetor [Haec verba] [continent - proinde] si quis.*

227. En efecto, la *exceptio* no se opone a la *missio in possessionem*, que es una orden pretoria, sino a la acción correspondiente al derecho que justifica la *missio in possessionem*, allí donde ésta respalda un derecho. En el presente texto, sujeto del *potuit* es el que sufre la *missio in possessionem*, pero que podría oponer una excepción a la acción del reclamante. En el pasaje se habla de *creditor* y *creditum*, y quizá lo de la *falsa petitio* sea una extensión compilatoria para comprender las acciones reales. Sobre la *exceptio* en la *actio ex interdicto* cfr. supra IV 1 y n. 151; infra en esta sede 9 i y n. 235

228. El párrafo no ha sido objeto de críticas, excepto la sospecha de LENEI, *Paling* I col. 1186, de que la *inscriptio* actual del texto es falsa.

Esto se explica, también aquí, por la razón de que esta *missio in possessionem* defiende directamente un derecho, el del legatario, en tanto en los otros casos no hay tal relación directa con un derecho anterior, sino que no existe tal derecho actual a favor del *missus in possessionem* o se trata, no de defender un crédito, sino de ejecutar una sentencia firme.

Por último, quizá esta *actio in factum* tuviese cláusula arbitraria mediante la cual el legitimado pasivamente resultaba absuelto si presentaba la cosa mueble *in iure*, de tal forma que la *missio in possessionem* fuera posible y resultara eficaz, a cambio de ser absuelto²²⁹ o, en el caso de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* y cuando el legitimado pasivamente a la *actio in factum* era el heredero o el *bonorum possessor*, la cláusula arbitraria conduciría a la absolución a cambio de la *cautio legatorum servandorum gratia*.

7. Riesgo procesal de esta «*actio in factum*»

Otra situación que nos confirmaría en nuestra tesis de que esta *actio in factum* se refiere exclusivamente a las cosas muebles radica en el hecho de que respecto a éstas, y cuando el legitimado activamente a la *missio in possessionem*, es decir, el *missus in possessionem*, demanda temerariamente, puede verse reconvenido a su vez por el demandado mediante un *iudicium contrarium*. Así nos lo explica Gai 4,177:

Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur, veluti si iniuriarum agatur, et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium transtulisse, et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quod admissum non esse, sed adversus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur, adversus vero duas istas quintae.

En este pasaje, Gayo nos da tres posibilidades de *iudicium contrarium*: i) si el demandante en la *actio iniuriarum* resulta vencido, el demandado absuelto podrá reconvenir al demandante por una décima parte de la pena pretendida; ii) si la mujer *missa in possessionem ventris nomine* es demandada por *dolo malo ad alium possessionem*

229. Sobre la posibilidad de existencia de cláusula arbitraria en esta *actio in factum*, vid. ahora X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 103.

*transtulisse*²³⁰ y resulta absuelta, también podrá reconvenir al demandante vencido, y iii) si, en las *missiones in possessionem rei servandae*

230. Cfr. D. 25,5; LENEL, *EP.*³ § 119: *Si ventris nomine muliere in possessionem eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur* p. 313 s. A propósito de esta acción contra la mujer *missa in possessionem ventris nomine* que traslada a otro con dolo malo la posesión de la cosa objeto de *missio in possessionem*, no suele distinguir la doctrina entre cosas muebles e inmuebles y, aunque el tema debe ser objeto de estudio especial, creemos que también aquí este juicio sólo se referiría al traslado, a otra persona, de las cosas muebles. Por lo demás, para esta acción se define así el «dolo malo» de la mujer *missa in possessionem*, D. 25, 5,2 pr. (Paul. *ad ed.*): *Dolo fecit mulier, non quae in possessionem venientem non prohibet, sed quae circumscribendi alicuius causa clam et per quandam machinationem in possessionem introducat*. Como vemos, no se trata aquí del «dolo malo» de nuestra *actio in factum* que sería el de impedir la toma de posesión. Por otra parte, D. 25,5,1,2 (Ulp. 34 *ad ed.*): *Necessario praetor adiecit, ut, qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere: coget autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilibus faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit* (B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile*, en *Studi in onore di P. Bonfante* IV [Milano, 1930] p. 86, considera interpolado el texto desde [coget - fin], aunque, según el autor, «la decisione classica...», mencionaba soltanto un interdetto che, . . . conteneva l'ordine di abbandonare il possesso», y, le sigue en su crítica, A. BISCARDI, *La protezione interdittale* cit. p. 83 s.; en contra de dicha crítica, P. FUENTESECA, *Reflexiones sobre la tricotomía «actio» «petitio» «persecutio»*, en *Investigaciones de derecho procesal romano* [Salamanca, 1969] p. 146, ya que «tampoco el contenido de este fragmento está en desacuerdo con las ideas de la época calificando al *interdictum de ius ordinarium* frente a la *cognitio extra ordinem*», aunque el autor [p. 147 n. 79] acepta que «podría discutirse la autenticidad de algunas expresiones como *manu ministrorum*; pero la línea general de pensamiento expuesta en el texto concuerda con las ideas de Ulpiano»; sobre el pensamiento más extenso de este autor en este tema cfr. infra nn. 233 y 234), nos podría llevar a pensar que el interdicto a que se refiere el texto es el *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, pero ello dependerá de la legitimación activa al interdicto, y el legitimado activamente aquí, como también en la acción que se da contra la mujer que solicita la *missio in possessionem ventris nomine calumniae causa* de D. 25,6, es el mismo (cfr. para esta acción D. 25,6,1,6 [Ulp. 34 *ad ed.*): *Competit autem haec actio ei, cui interfuit in possessionem missam esse: ut puta vel coheredi speranti partum, vel ei qui substitutus fuit, vel qui ab intestato, si partus non fuisset, succedere potuit*) Como es sabido, en materia de *bonorum possessio*, el legitimado activamente dispone del interdicto *quorum bonorum* contra el que i) retenía objetos de la herencia por pretender que él era heredero (*possessor pro herede*) o, ii) discutía sin más el derecho del demandante (*possessor pro possessore*), y iii) contra el que dejó dolosamente de poseer. Por tanto, en nuestro texto (D. 25,5,1,2) el *interdictum* a que se alude allí no el *ne vis fiat ei qui in possessio-*

*causa, legatorum servandorum causa y ventris nomine*²³¹, los *missi in possessionem* resultaban vencidos al demandar por la *actio in factum* al que según ellos les impidió el *venire in possessionem* sobre la cosa mueble, también se verán reconvenidos por el demandado mediante este *iudicium contrarium*²³². En estos dos últimos casos el *iudicium contrarium* se dará por una quinta parte. El caso que a nosotros nos afecta, en esta ocasión, es el tercero y que referimos exclusivamente, como el segundo caso, a las cosas muebles, pues es difícil pensar que para las cosas inmuebles, cuyo impedimento al *venire in possessionem* se sanciona mediante el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, se corriese el riesgo de una demanda temeraria ya que aquél que impide el *venire in possessionem* de un inmueble sólo lo puede realizar *in situ* y únicamente mediante *vis*, ora *suo nomine* ora *alieno nomine*.

— *nem missus erit*, sino el interdicto *quorum bonorum*, que sí sirve igualmente para bienes muebles como inmuebles.

231. Para estos otros casos también debería darse el requisito del *dolus malus* aunque el texto mismo no lo diga allí, ya que la *actio in factum* se da para las cosas muebles. En cambio, es difícil pensar en una demanda temeraria mediante el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* que se aplica respecto a los inmuebles exclusivamente por parte del *missus in possessionem*, precisamente porque el demandado es aquel que está *in situ*, es decir, en el inmueble e impide violentamente el *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, ya sea *suo nomine* o *alieno nomine*.

232. No en cambio, en la *missio in possessionem damni infecti nomine* porque este tipo de *missio in possessionem* sólo recae sobre inmuebles y, como dijimos en la nota anterior, el legitimado pasivamente es el que impide *in situ* el *venire in possessionem* del *missus in possessionem*. Sin embargo, para la *missio in possessionem damni infecti nomine* estaba previsto un *iudicium calumniae* por una décima parte del valor de lo que reclamaba el legitimado activamente si éste solicitaba la *cautio damni infecti nomine* por vejar al legitimado pasivamente a la misma (D 39, 2,7 pr.: ... *qui iuraverit non calumniae causa id se postulare eumve cuius nomine aget postulaturum fuisse..*). Cfr. F. BETANCOURT *Recursos supletorios* cit. p. 28. Que nosotros sepamos, es la primera vez en la doctrina que se circunscriben nuestros dos casos de *iudicium contrarium* a las cosas muebles. Por lo demás, nuestra opinión gana más consistencia aún si tenemos en cuenta que, como es sabido, el *iudicium calumniae* (que se da, no exclusivamente, en la *missio in possessionem damni infecti nomine*, que sólo versa sobre inmuebles) no se puede acumular con el *iudicium contrarium* (que se daría por el ejercicio temerario de nuestra *actio in factum* para las cosas muebles en las demás *missiones in possessionem*). Cfr. sobre esta no-cumulatividad del *iudicium calumniae* con el *iudicium contrarium*, A. d'ORS, DPR⁴ p. 157.

8. *Semejanzas y diferencias entre esta «actio in factum» y la «actio in factum» de resarcimiento del daño causado en la «missio in possessionem damni infecti nomine»*

Creemos haber identificado satisfactoriamente estas dos *actiones in factum* en el régimen de la defensa pretoria del *missus in possessionem*. Tanto una como otra acción presentan características comunes a las acciones penales o que sin serlo tuvieron un origen delictual; así: i) ambas acciones reprimen una conducta dolosa del legitimado pasivamente, y ii) tanto la *actio in factum* de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, como quizá la que acabamos de tratar para las demás *missiones in possessionem*, tuvieron carácter noxal. En cambio, son múltiples sus diferencias; así: i) mientras la *actio in factum* de la *missio in possessionem damni infecti nomine* sanciona el daño causado, cuando no se había dado la *cautio de damno infecto* ni se había permitido el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre el inmueble que amenazaba daño, la *actio in factum* de las demás *missiones in possessionem* sanciona el impedimento doloso al *venire in possessionem* de la cosa mueble; consecuentemente, ii) mientras en la *actio in factum* del *damnum infectum* la *condemnatio* consistirá siempre en la equiparación con la cuantía de la sentencia en la *actio ex stipulatu* que se derivaría de la *cautio damni infecti nomine* de haberse prestado ésta por el legitimado pasivamente: *ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret ... si cautum fuisset*, la *condemnatio* de la *actio in factum* de las *missiones in possessionem rei servandae causa, legatorum servandorum causa* y *ventris nomine* dependerá del tipo de *missio in possessionem* de que se trate; así, en la *missio in possessionem rei servandae causa*, en todos sus tipos, la *condemnatio* estará referida al *quanti ea res erit*, queriendo decir aquí esta expresión el interés que tenía el *missus in possessionem* en ser puesto en posesión de todo el patrimonio o la herencia del legitimado pasivamente; en la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, la *condemnatio* estará referida al valor del legado únicamente y, por tanto, también al *quanti ea res erit*; iii) mientras la *actio in factum* de resarcimiento del daño en la *missio in possessionem damni infecti nomine* no admite posibilidad de cláusula arbitraria, quizá la *actio in factum* de las otras *missiones in possessionem* sí la admitía en la medida que la presentación

in iure de la cosa mueble hacía posible la *missio in possessionem*, a cambio de la absolució n y, en el caso de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* y cuando el legitimado pasivamente a la *actio in factum* era el heredero o el *bonorum possessor*, la cláusula arbitraria conduciría a la absolució n, a cambio de la *cautio legatorum servandorum gratia*, y iv) mientras la *actio in factum* de la *missio in possessionem damni infecti nomine* se presenta como perpetua y pasivamente transmisible, la *actio in factum* de las otras *missiones in possessionem* es anual y pasivamente intransmisible, excepto para la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*.

9. El interdicto «*ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*» en las demás «*missiones in possessionem*»

Sólo nos resta por ver el régimen unificado del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* en las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine* y *rei servandae causa*, no en cambio en la *missio in possessionem damni infecti nomine*, puesto que ya lo habíamos examinado en su sede; por tanto, para su régimen general remitimos a aquella parte de nuestro trabajo. Sólo trataremos aquí de la base textual del interdicto para estas otras *missiones in possessionem* y a propósito de las cuales se nos pueden aportar más datos acerca del mismo.

i) Interdicto «*ne vis fiat ei qui (legatorum servandorum causa) in possessionem missus erit*»

Del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* aplicado a los legados y a los fideicomisos, por extensión de régimen, tratan paralelamente dos pasajes:

D. 36,4,5,27 (Ulp. 52 ad ed)

Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum: aut per viatorem aut per officialem prae-

D. 43,4,3 pr. (Ulp. 68 ad ed)

Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius inducendus

fecti aut per magistratus introducendus est in possessionem²³³.

est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere. sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnumquam etiam per manum militarem²³⁴.

233. B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza* cit. p. 85, considera interpolada la parte final del texto: [*aut per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus introductus est in possessionem*], ya que, según el autor, un jurista clásico no habría mencionado al *magistratus* junto al *viator* y al *officialis praefecti* y, por consiguiente, en este añadido postclásico, el *magistratus* no sería el Pretor sino uno de los tantos funcionarios de la administración imperial. Para Biondi, el jurista clásico se limitaba a mencionar el interdicto, el cual habría resultado superfluo si efectivamente el ordenamiento jurídico hubiese reconocido la posibilidad de una toma de posesión *manu militari*. Sigue a Biondi en su crítica A. BISCARDI, *La protezione interdittale* cit. p. 84. En contra de dicha crítica de 'interpolación', P. FUENTESECA, *Reflexiones sobre la tricotomía «actio» «petitio» «persecutio»* cit. p. 146, ya que para este autor si bien es cierto «hay un esquematismo de expresión en este texto que hace pensar en que haya sido objeto de abreviación o recorte», por otra parte «no parece admisible dudar de que en época de los Severos los citados funcionarios imperiales hayan realizado coactivamente la *immissio* del fideicomisario en la posesión sin esperar a que éste utilizase los trámites del interdicto. Considerar interpolada la alusión a dichos funcionarios nos parece inadmisibile. Todo el contenido de este texto ., apunta a la contraposición entre el medio antiguo de lograr la *missio* a través de un interdicto, sin duda ya no adecuado por conducir simplemente a un proceso ordinario como hemos dicho, y la ejecución directa *extra ordinem*, más inmediata y eficaz». La misma posición adopta este autor respecto a D. 25,5,1,2 y D. 43,4,3 pr./1; cfr. supra n. 230 e infra nn. 234 y 236. Cfr supra n. 118 e infra nn. 234 y 236, sobre el pretendido carácter «útil» del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* respecto a los fideicomisos.

234. Las críticas a este fragmento no afectan a lo sustancial del mismo, es decir, a la existencia del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* para este tipo de *missio in possessionem*. Así, paralelamente con el anterior texto (D. 36,4,5,27), B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza* cit. p. 85, corrige este párrafo de la siguiente manera: *Si quis missus in possessionem .. , [potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto], consequens erit dicere... [sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnumquam etiam per manum militarem]*. Vid. la motivación a esta crítica por Biondi en n. 233 precedente. Siguen a este autor en su crítica, A. BISCARDI, *La protezione interdittale* cit. p. 82 s., y G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* cit. p. 109. En contra de las mencionadas críticas, P. FUENTESECA, *Reflexiones sobre la tricotomía «actio» «petitio» «persecutio»* cit. p. 145, quien curiosamente sostiene lo siguiente: «Nos

Si el legado condicional o a término recae sobre un inmueble, y el heredero se niega a prestar la *cautio*, dicha negativa conduce a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, que no versa sobre el patrimonio del heredero, sino sobre la herencia gravada con el legado,

hallamos ante un caso de *missio in possessionem fideicommissi servandi causa* en el cual el *fideicommissarius* podría utilizar el interdicto previsto para estos casos en el Edicto (D. 43,4,1 pr. Ulp. 72 *ad ed.*). Pero si bien se reconoce que el *fideicommissarius* puede utilizar dicho interdicto si lo desea, se señala en cambio como preferible la *exsecutio extraordinaria* del *decretum* de *missio in possessionem*. Es claro que el procedimiento interdictal que conducía a un proceso ordinario —en este caso una *actio in factum* (*in eum in factum iudicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit dabo*: D. 43,4,1 pr.)— tiende a ser relegado por la actuación autoritaria directa. Y no es sostenible la idea de alteración fundamental en este fragmento, puesto que el mismo Ulpiano en otro texto (D. 36,4,5, 27; cfr. *supra* n. 233; el paréntesis es nuestro), que tiene un entronque directo con el que nos ocupa, señala los funcionarios a quienes correspondería, en este supuesto, la realización de la *missio*. Aparte de que el autor no distingue el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (D. 43,4) de la *actio in factum* (D. 43,4,1 pr. - 8 y D. 43,4,2) irregularmente contenida en dicho título interdictal, haciendo surgir ésta del procedimiento interdictal, también parte de la idea de que la *extraordinaria exsecutio* viene a ser la ejecución o realización no judicial —fuera del *ordo iudiciorum*— en sentido equivalente a *extraordinariae persecutiones* (p. 145). Para este autor, los críticos del pasaje parten de la idea que los *interdicta* no se parificaron a las *actiones* hasta Justiniano, pero, en su opinión, «hay que distinguir entre la parificación sustancial y la formal. Desde el punto de vista sustancial los *interdicta* eran desde fines de la República medios del *ius ordinarium* en cuanto conducían a un *agere per formulam arbitrariam* o bien *per formulam sponsionis*; pero formalmente se distinguían de las *actiones* todavía en los juristas clásicos como hemos visto en Gayo. Pero esta distinción formal no cuenta al contraponer los *interdicta* al medio coercitivo directo denominando a éste *exsecutio extraordinaria* como hace Ulpiano» (p. 146 n. 77). Nuestro pasaje, en relación con D. 36,4,5,27 (cfr. *supra* n. 233) y D. 43,4,3,1 (cfr. *infra* n. 236), excluye la aplicación como «útil» del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* al régimen de los fideicomisos. Sobre la época de extensión del régimen de los legados a los fideicomisos, E. WEISS, en SZ 30 (1910) p. 409, llegó a sostener que la *cautio fideicommissi servandi causa* habría sido introducida por Ulpiano. Consecuentemente, se debería pensar que también el régimen de la *missio in possessionem* y la defensa pretoria de la misma, se habría aplicado a los fideicomisos para esa misma época únicamente. Sin embargo, son numerosas las fuentes anteriores a Ulpiano que demuestran lo errado de la afirmación de E. Weiss. Así, en orden cronológico: Juliano, D. 36,4,6,1 (38 *dig.*); Maeciano, D. 36,4,12 (12 *fideic.*); Scaevola, D. 26,3,11 (20 *dig.*); D. 26, 9,8 (5 *resp.*); D. 36,3,18 (29 *dig.*); Papiniano, D. 35,1,72,2/3 (18 *quaest.*); D. 35,

y si el heredero impide el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre el inmueble, entonces éste dispone del interdicto²³⁵. Ahora bien, como es sabido, el régimen del legado condicional o a término fue extendido muy pronto, en la misma época clásica, a los fideicomisos y, curiosamente, en la *sedes materiae* del interdicto (D. 43,4), la referencia que nos encontramos no es a los legados, sino a los fideicomisos. Más aún, el régimen de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* fue ampliado por el emperador Antonino Caracalla, que la extendió incluso a los bienes propios del heredero cuando se ejercitaba la *actio ex testamento* del legado damnatorio y no se conseguía, por el legatario, la satisfacción del legado en el plazo de seis meses, conservando esta *missio in possessionem*, ampliada en cuanto a los bienes objeto de *missio in possessionem*, el mismo régimen de defensa pretoria. Así se nos dice en D. 43,4,3,1 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Constitutum est ab Antonino, ut etiam in bona heredis quis admittatur certis modis. si quis igitur in his bonis non admittatur, dicendum est [actionem hanc utilem] <interdictum hoc> competere: ceterum poterit uti et extraordinaria exsecutione²³⁶.

1,77,3 (7 *resp.*); D. 36,1,56 [54] (19 *quaest.*); D. 36,3,5,1-4 (18 *quaest.*); Callistrato, D. 36,4,13 (3 *ed. mon.*), y, el mismo Ulpiano en D. 36,4,5,29 (52 *ad ed.*) se remite a Juliano y Marcelo, a propósito de la *cautio fideicommissi servandi causa*.

235. Naturalmente, al igual que ocurre en la *missio in possessionem damni infecti nomine* (cfr. supra IV 1 y n. 151), si el legitimado pasivamente a la *cautio legatorum servandorum gratia*, es decir, el heredero o el *bonorum possessor*, había prestado ésta o sin haberla dado, no hubiera sido por el que dejó de darse, y el legitimado activamente, es decir, el legatario, pretende ejercitar la *actio ex interdicto* del *ne vis fiat ei qui in possessionem missus rit* por el impedimento al *venire in possessionem* sobre el inmueble, a tal pretensión puede oponer el heredero o *bonorum possessor* una *exceptio*. Pero no sólo en estos dos casos —el de las *missiones in possessionem damni infecti nomine* y *legatorum servandorum causa*— tendría ocurrencia la *exceptio*; también es posible pensar en ella en el caso de la *missio in bona si heres suspectus non satisfacit* (cfr. supra II 1 A 9 y n. 54). En cambio, es difícil pensar en una *exceptio* que neutralice, por la misma razón, el ejercicio de la *actio ex interdicto* para otros supuestos de *missio in possessionem rei servandae causa* y para la *missio in possessionem ventris nomine*, puesto que éstas no dependen de una *cautio* previa.

236 BERGER, *RE.* IX 2, s.v. *interdictum* col. 1609 ss., sub núms 38,39 v 40, col. 1657, corrige [actionem hanc utilem] por <interdictum hoc utile> y, en el mismo sentido, B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza cit* p. 85, quien, además

Por otra parte, no disponemos de base textual para hablar de la *litis aestimatio* de la *actio ex interdicto* del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, a no ser que se acepte una aproximación a este respecto por analogía; analogía que encontramos en otro título interdictal que también afecta al legatario como lo es el interdicto *de tabulis exhibendis* (D. 43,5) y cuya legitimación activa, entre otros, también corresponde al legatario²³⁷. En este título interdictal se sienta

considera interpolada su parte final [*ceterum poterit et extraordinaria exsecutione*], por la misma crítica ya hecha al § pr. de D. 43,4,3 (cfr. supra n. 234) y a D. 36,4,5, 27 (cfr. supra n. 233), es decir, que el texto clásico sólo podía hablar de la protección interdictal y sólo con Justiniano el decreto de *missio in possessionem* podría hacerse eficaz *manu militari*. Cfr. en el mismo sentido A. BISCARDI, *La protezione interdittale* cit. p. 83, y G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* cit. p. 109. También se opone aquí a dicha crítica, como ya para D. 36,4,5,27 (cfr. supra n. 233), D. 43,4,3 pr. (cfr. supra n. 234) y D. 25,5,1,2 (cfr. supra n. 230), P. FUENTESECA, *Reflexiones sobre la tricotomía «actio» «petitio» «persecutio»* cit. p. 145 s. Ahora bien, volviendo a la crítica de Berger, creemos que, efectivamente, el presente texto ha sido manipulado por los compiladores ya que, en la *sedes materiae* de un interdicto, no sólo por el título sino también por el libro de procedencia de este fragmento, se habla *ex abrupto* de *actio utilis*. En efecto, podría pensarse, en un primer momento, y esto es lo que nos interesa ahora, en la interpolación de [*actio*] por <*interdictum*>, conservando el [*utilis*] <*utile*> y, en un segundo momento, sería necesario plantearse si efectivamente se trata de un interdicto en su subespecie de *utile* en su significado técnico-jurídico, es decir, como atributivo, o si simplemente está en su función adverbial. Para E. VALIÑO, *Acciones utiles* (Pamplona, 1974) p. 386, aquí no estaríamos más que ante un caso de la conocida sustitución justiniana de interdictos por *acciones utiles*, por tanto, en régimen de procedimiento cognitorio y no en el del procedimiento formulario. En este pasaje se trataría, según el autor, del interdicto *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* (sic), pero éste sería el interdicto «ordinario» y, en ningún caso «útil». De manera que lo más probable, concluye este autor, es que [*hanc utilem actionem*] esté en lugar de <*hoc interdictum*>, es decir, del *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* del que se trata en el libro 68 de Ulpiano. En cambio, para LENEL, *EP*³ p. 455 y n. 5, se trataría, sí, del interdicto, pero en su función de «*utile*». Sobre nuestra posición respecto a esta categoría interdictal y sobre este texto en cuestión sobre el cual coincidimos con Valiño en su crítica, vid. ahora F. BETANCOURT, *Interdictos útiles* (en prensa).

237. Cfr. D. 43,5,3,10, además de los pasajes que se transcriben en el texto. A pesar del testimonio expreso de las anteriores fuentes que reconocen la legitimación activa al interdicto *de tabulis exhibendis* al heredero y al legatario, se plantea un problema: ¿cómo se establece *a priori* la identidad del presunto here-

un principio general sobre la *litis aestimatio*; principio que luego se concreta según el tipo de legitimado activamente se trate.

En primer lugar, se dice en D. 43,5,3,11 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Condemnatio autem huius iudicii quanti interfuit aestimari debet²³⁸.

Pero, si el heredero ejercita la *actio ex interdicto*, entonces el *id quod interest* se concreta referido a la herencia. Se dice en D. 43,5,3,12 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Quare si heres scriptus hoc interdicto experiatur, ad hereditatem referenda est aestimatio²³⁹.

Y, si la *actio ex interdicto* la ejercita el legatario, entonces el *id quod interest* se concreta referido al valor del legado, como dice D. 43,5,3,13 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Et si legatum sit, tantum venit in aestimationem, quantum sit in legato²⁴⁰.

Más aún, cuando se trata de un legado condicional, se dice en D. 43,5,3,14 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Et si sub condicione legatum sit, quasi condicione existente sic aestimandum est, nec compelli debet ad cavendum, ut se restitutum caveat, quidquid consecutus est, si condicio defecerit, quia poena contumaciae praestatur ab eo qui non exhibet²⁴¹.

dero o del presunto legatario si su identidad sólo se conocerá con la apertura de las *tabulae testamenti* de las cuales no se dispone? Sobre este problema vid. últimamente F. BETANCOURT, *Sobre la pretendida transmisibilidad de los interdictos* (en prensa)

238. Algún autor corrige [*condemnatio*] por <*in condemnatione*>, lo cual no afecta a la sustantividad del pasaje; cfr. *Index Interp.* s.l.

239. El texto no ha sido objeto de críticas, que nosotros sepamos.

240. Tampoco este pasaje ha sido objeto de críticas.

241. E. VOLTERRA, *Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, en *BIDR.* 38 (1930) p. 123, da por interpolado [*nec - caveat*] interpretando el texto en el sentido de que, en el caso de un legado condicional y donde el legitimado pasivamente al interdicto *de tabulis exhibendis* es el heredero, la condena contra éste tiene una cuantía por el valor del legado, por considerarse como cumplida la condición, y agrega que el legatario no tiene que garantizar al heredero la restitución del legado para el caso de que no se cumpla la condición, ya que aquél es quien debe soportar la pena. Vid. M. KASER, *RPR.* I²

Consecuentemente, creemos que los mismos principios se pueden aplicar a nuestro interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, al menos aplicado a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*.

Se podría objetar que mientras nuestro interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* es prohibitorio, el *de tabulis exhibendis* es exhibitorio. Sin embargo, revisados todos los títulos interdictales, nos encontramos con una constante respecto a la *litis aestimatio* de la *actio ex interdicto* correspondiente: que todos ellos la tienen referida al *id quod interest*²⁴².

Por tanto, podemos concluir que la *litis aestimatio* tanto la de la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. (*quanti ea res erit*), como la *actio ex interdicto* del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (*id quod interest*) conducen a una *condemnatio* igual en uno y otro caso. Esto es lógico porque ambos recursos pretorios se dirigen a sancionar el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, con la diferencia de que mientras el primero (*actio in factum*) se refiere a muebles, el segundo (interdicto) se refiere a inmuebles. Naturalmente, también es lógico pensar que la *actio ex interdicto* podía traer cláusula arbitraria cuando el legitimado pasivamente a dicha *actio ex interdicto* en las *missiones in possessionem damni infecti nomine y legatorum servandorum causa*, pero también en aquellas *missiones in bona* que hacen efectiva una *cautio*, como en la *missio in bona si heres*

p. 614, donde el autor relaciona nuestro texto con D. 12,6,42 y al respecto dice que «Das galt wohl nicht für irrtümlich gezahlte Bussen, sondern für Wirklich verfallene, wenn der Tatbestand nachträglich weggefallen ist» Por último, algún autor da por interpolado [*ad cavendum*]; cfr. *Index Interp.* s]

242. Así, D. 43,3: *Quod legatorum* (restitutorio), 2,3: *id quod interest*; D. 43,8: *Ne quid in loco publico vel itinere fiat* (prohibitorio), 2,20 y 2,35: *quanti actoris interfuerit*; D. 43,11: *De via publica et itinere publico reficiendo* (prohibitorio), 3: *quanti eius interest*; D. 43,16: *De vi et de vi armata* (restitutorio), 6 pr.: *quanti interest possidere . quanti actoris intersit*; D. 43,17: *Uti possidetis* (prohibitorio), 3,11: *quanti uniuscuiusque interest*; D. 43,19: *De itinere actuque privato* (prohibitorio), 3,3: *quanti eius interesse*; D. 43,24: *Quod vi aut clam* (restitutorio), 15,17: *quanti actoris interest*; 15,9: *quod interfuit*; 15,12: *id quod interest*; D. 43,26: *De precario* (restitutorio), 8,4: *quanti interfuit actoris*; D. 43,27: *De arboribus caedendis* (prohibitorio), 1,4: *ipsius interest* Por otra parte, es muy dudoso que en algunas acciones la *litis aestimatio* se refiera al *quanti actoris interfuerit*, a pesar de D. MEDICUS, *Id quod interest Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes* (Köln/Graz, 1962) p. 275 ss.

suspectus non satisdabit, y a las cuales estaban legitimados pasivamente el titular del inmueble que amenazaba daño, o el heredero o *bonorum possessor*, o el *heres suspectus*, respectivamente, ofrecían las respectivas *cautiones* a cambio de la absolución en la *actio ex interdicto*. Aunque aquellas *cautiones* también se pueden ofrecer por el legitimado pasivamente a ellas como a la *actio ex interdicto* en el momento de ejercitarse la *actio ex interdicto* por el legitimado activamente, como nos lo dice expresamente, y a propósito del interdicto *quod legatorum*, D. 43,3,2,4 (Paul. 63 *ad ed*):

Si per legatarium factum sit, quo minus satisdatur, licet cautum non sit, tenetur interdicto. sed si forte factum sit per legatarium, quo minus satisdatur, eo autem tempore, quo editur interdictum, satis accipere paratus sit, non competit interdictum, nisi satisdatum sit. item si per bonorum possessorem stetit, quo minus satisdaret, sed modo paratus est cavere, tenet interdictum: illud enim tempus inspicitur, quo interdictum editur²⁴³

ii) *Interdicto «ne vis fiat ei qui (ventris nomine) in possessionem missus erit»*²⁴⁴.

Del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* aplicado al caso de la *missio in possessionem ventris nomine*, trata D. 43, 4,3,2 (Ulp. 68 *ad ed.*):

243. Sobre las críticas a este pasaje, que no afectan a nuestro interés actual, vid. LOTMAR, *Zur Geschichte* cit., en *SZ.* 31 (1910) p. 129 ss., y p. 137 ss.; J. PARTSCH, en *SZ.* 31 (1910) p. 430; LENEL, *Paling*, I col. 1081 n. 5; *Id*, *Die Aktivlegitimation beim «Interdictum quod legatorum»* cit p. 68 ss., y, últimamente F. BETANCOURT, *Interdictos útiles* (en prensa).

244. Como hemos establecido (cfr. supra n. 132), la primera jurisprudencia clásica, respecto a la *missio in possessionem ventris nomine*, se refería directamente al *venter* (género masculino) con lo cual concordaba perfectamente el género masculino del interdicto único y general para todas las *missiones in possessionem: ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. Sólo posteriormente habló ya la jurisprudencia de la mujer *missa in possessionem*. Ahora bien, dado que hemos venido destacando el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* en su aplicación a cada caso concreto de *missio in possessionem*, aquí nos resulta imposible hacer alusión a la primera forma clásica de designación del interdicto aplicado a este tipo de *missio in possessionem* refiriendo aquél directamente al *venter (nasciturus)*, pues para la jurisprudencia y para el Pretor se trataba de un solo interdicto. Por ello recurrimos a la segunda forma clásica de designar, no

Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium [et restitorium] est. sed si mulier velit in factum actione uti ad exemplum creditorum magis quam interdicto, posse eam experiri sciendum est²⁴⁵.

En lo que se refiere al contenido mismo del texto, sólo en este sitio que habla del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* se dice expresamente que el interdicto, además de prohibitorio, es

el interdicto, sino la *missio in possessionem* como *missio in possessionem ventris nomine* que hace alusión directamente a la mujer. Por lo demás, en este tipo de *missio in possessionem* quien administraba el patrimonio (herencia) embargado era el *curator ventris* (D. 26,7,48; D. 26,10,3,11; D. 27,10,8; D. 37,1,17/18; D. 37,9,5 pr./1, y D. 42,5,24 pr.) y resulta perfectamente explicable y lógico que legitimado activamente *alieno nomine* a nuestros recursos pretorios de tutela de la *missio in possessionem ventris nomine* fuese el mismo *curator ventris*.

245. El texto, además de haber sido criticado por su aspecto formal, también lo ha sido por su contenido. Así, respecto a la forma del pasaje BERGER, *Miszellen* cit, en *SZ* 36 (1915) p. 212 s, destaca la imposibilidad de que el texto clásico estuviese redactado como aparece actualmente, ya que, en primer lugar, resulta bastante violento el tránsito de *mittit a et hoc interdictum*, pasando por alto el requisito para el ejercicio del interdicto (*si non admittatur*); en segundo término, se habla de *hoc interdictum* sin que antes se hubiese hablado del mismo. En ambas observaciones tiene razón Berger, pues, efectivamente, el jurista en este § 2 empieza hablando de la *missio in possessionem ventris nomine* y sin el giro propio y necesario para poder hablar del interdicto —*si non admittatur* o similar—, pasa bruscamente a hablar de dicho recurso, sin presuponerlo, porque no siempre que se habla de una *missio in possessionem* se hace en razón de su defensa pretoria. Respecto a la segunda observación, sólo podríamos admitir el pronombre demostrativo *hoc* si aceptamos la posibilidad de que el § 1 precedente hablaba efectivamente, como creemos según la corrección del mismo Berger, del interdicto: [*actionem hanc utilem*] <*interdictum hoc*> *competere*, aunque nosotros, siguiendo a Valiño, excluimos la categoría de *utile* del mismo, que conserva Berger (cfr supra n. 236). Por último, respecto a la opinión de S. Solazzi, de que también en este texto se trataría de la que él denomina *bonorum possessio ventris nomine*, remitimos a la crítica que de tal opinión hicimos al inicio de este trabajo (cfr supra II 1 n. 20). En cuanto a la crítica del mismo autor sobre la interpolación de la parte final del texto [*sed-fin*], en nuestra opinión esta parte final más que interpolada está manipulada por los compiladores, ya que éstos dejan como el arbitrio de la mujer *missa in possessionem* el ejercitar indistintamente la *actio in factum* o el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, lo cual confirma, una vez más, el ánimo de los justinianeos de confundir ambos recursos. Sobre la legitimación activa *alieno nomine* de ambos recursos en la *missio in possessionem ventris nomine*, cfr. supra n. 244

restitutorio. El carácter de restitutorio, que se indica en este párrafo, ha sido debatido ampliamente en la doctrina, desde aquel sector de la romanística que acepta sin más dicho carácter, para el caso de que la mujer *missa in possessionem* que ya había entrado en posesión y es desalojada de la misma lo vuelva a ejercitar como restitutorio, hasta el sector, mayoritario, que da por interpolado [*et restitutorium*] en el texto, es decir, que no acepta el carácter de restitutorio, no sólo en este interdicto sino, en general, de un interdicto a la vez prohibitorio. Niegan este carácter de restitutorio Burckhard²⁴⁶ y Berger²⁴⁷, para quien de la misma manera estaría interpolado [*restitutorium*] en D. 43,20,1,1 (perteneciente al título interdictal *de aqua cottidiana et aestiva*), ya que para este último autor, los interdictos prohibitorios, que se caracterizan por la orden *vim fieri veto* (a lo que corresponde el «*ne vis fiat*» del edicto pertinente) no comprenden ninguna orden de restitución. Por otra parte, continúa Berger, el giro *non admittatur*, que no aparece en nuestro texto pero sí en D. 36,4,5,27²⁴⁸; D. 43,4,3 pr.²⁴⁹ y D. 43,4,3,1²⁵⁰, en presente de voz pasiva, no alude a la hipótesis de que el *missus in possessionem* ya hubiese entrado en posesión sino que no ha entrado en ella todavía y, por tanto, el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (recordamos que Berger distingue, siguiendo a Lenel, tres interdictos según los tipos de *missiones in possessionem*) sólo estaría previsto para sancionar el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, pero no para el caso de expulsión de la posesión en la cual ya había entrado el *missus in possessionem*. Para estos casos, según Berger, dispondría el *missus in possessionem* expulsado de otros interdictos *adipiscendae possessionis*. En otros términos, Berger niega la posibilidad de que existan interdictos de carácter prohibitorio y restitutorio al mismo tiempo. En el mismo sentido de los autores anteriores, Lenel²⁵¹. En cambio,

246. BURCKHARD, *Commentario alle Pandette* cit. Parte II p. 425. «di un interdetto per cui a chi spelle il *missus* è imposta la restituzione non si fa parola».

247. BERGER, *Miszellen*, cit., en *SZ* 36 (1915) p. 212 s., y nuevamente en *RE IX* 2, s.v. *interdictum* col. 1609 ss., sub núms. 38, 39 y 40, col. 1657

248. Cfr. supra en esta sede 9 i y n. 233.

249. Cfr. supra en esta sede 9 i y n. 234.

250. Cfr. supra en esta sede 9 i y n. 236.

251. LENEL, *EP.*³ p. 455 n. 9, en donde remite a la n. 6 de la misma página

S. Solazzi²⁵², sin pronunciarse expresamente sobre el actual problema, da por interpolada la *missio in possessionem ventris nomine* en este pasaje. También da por interpolado el texto desde [*sed* - fin]. Toca directamente nuestro actual problema K. A. Schmidt²⁵³, quien reconstruye la fórmula de nuestro interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* de la siguiente forma: «*Quarum rerum illi in possessione esse a me eove cuius ea iurisdictio fuit permissum est, quominus ille ibi sit, vim fieri veto*» y para quien dicho interdicto sirve al *missus in possessionem*, no sólo para entrar en posesión por primera vez, caso en el cual el interdicto es prohibitorio, sino también para el caso de que habiendo entrado en ella sea expulsado de la misma, caso en el cual el interdicto es restitutorio. Por otra parte, este es el único texto de la compilación jurisprudencial en el cual aparecen acumulados ambos recursos²⁵⁴ interdicto y *actio in factum*, y dejados el ejercicio de uno u otro como al arbitrio de la mujer *missa in possessionem ventris nomine*. A dicha acumulación en nuestro pasaje se oponen Schmidt²⁵⁵, quien sostiene que *magis quam interdicto* «und zwar so zu interpungieren ist», y Ubbelohde²⁵⁶. Tanto uno como otro autor fundamentan su opinión en la equiparación completa que hacen del interdicto con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., porque, para el segundo de los autores mencionados, «... anche quest'azione ha luogo si quando al *missus* vien ritolto il possesso, come quando gli è stata impedita la prima presa di possesso»²⁵⁷. Ultimamente y en aquella misma línea de pensamiento,

455 y correspondiente al interdicto, según Lenel, *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*

252. S. SOLAZZI, *Dote e nascituro* cit. p. 317.

253. K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer* cit. p. 68.

254. Aunque vid. supra en esta sede 6 iv y n. 223 la confusión, no la acumulación, de ambos recursos en D. 43,4,1,8.

255. K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer* cit. p. 308 n. 26.

256. A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 163 s.: «Le parole; *hoc interdictum prohibitorium et restitutorium* est secondo ogni probabilità, vogliono dire, che questo interdetto concepito in forma prohibitoria serve alla impetrante non solo ad ottenere per la prima volta il possesso di cose dell'eredità nella quale è stata immessa, ma anche al riacquisto di quel possesso, proibendo esso ugualmente di farle impedimento sia nella prima presa di possesso, sia nel riacquisto del possesso di quelle cose da eli perduto».

257. A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 164.

X. d'Ors²⁵⁸, quien, basándose precisamente en nuestro texto (D. 43,4,3,2) y en D. 43,20,1,1, los únicos pasajes de la compilación jurisprudencia que hablan de *prohibitorium et restitutorium* para referirse a un mismo interdicto (ambos prohibitorios) y no a cláusulas interdictales distintas de un mismo título interdictal, admite la posibilidad de dichos interdictos de carácter prohibitorio y restitutorio al mismo tiempo o, como de otra forma dice el autor, «... es posible pensar que se trata de dos interdictos correlativos»²⁵⁹. Igualmente alega X. d'Ors la posibilidad de dichos interdictos «mixtos» con base en D. 43,8,2 pr. en donde, según él, se niega la concesión de otro interdicto restitutorio.

Por nuestra parte, siguiendo a Berger²⁶⁰, criticamos a K. A. Schmidt y Ubbelohde la equiparación que hacen del interdicto y la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. para sostener el carácter de prohibitorio y restitutorio del interdicto porque, efectivamente, como dice Berger, se trata de una equiparación que no aparece expresamente documentada en las fuentes y, por otra parte, como hemos visto, nuestra *actio in factum* no se dirige contra la cosa mueble para hacer efectiva la *missio in possessionem* inicial o posterior, es decir, para recuperar la cosa mueble que tenía ya el *missus in possessionem* y de la cual es despojado, sino que se dirige contra la persona del que impide el *venire in possessionem* de la cosa mueble o incluso contra el que le despoja de ella, como hemos establecido por primera vez, que nosotros sepamos, en la doctrina. La equiparación que hacen aquellos dos autores de ambos recursos llevaría a pensar que nuestra *actio in factum* también es «prohibitoria» y «restitutoria» de igual forma que el interdicto. Por otro lado, si partimos de la base que interdictos «mixtos» son aquellos prohibitorios y «exhibitorios» al mismo tiempo, como dice expresamente D. 43,1,1,1²⁶¹, parece extraño que tanto en D. 43,

258. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit., p. 75 n. 1, p. 99 n. 9, y p. 101 n. 13.

259. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 75 n. 1. Y antes que este autor, aunque con incertidumbre, G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo «extra ordinem»* cit. p. 171: «Prohibitorio, e probabilmente anche restitutorio. Serviva a conservare l'eredità al nascituro, e a provvedere i mezzi di sussistenza alla donna incinta».

260. BERGER *Miszellen* cit., en *SZ* 36 (1915) p. 214.

261. Aunque algún autor haya dado por interpolado [*exhibitoria*] por <*restitutoria*>; cfr. Digesto Milanés, *ad leg.*

4,3,2 como en D. 43,20,1,1, que tratan ambos de interdictos prohibitorios, se añada que también son restitutorios; de allí que los mismos autores que critican nuestro texto D. 43,4,3,2, también den por interpolado [*et interdum restitutorium*] en D. 43,20,1,1²⁶², y en donde los compiladores interpolan indebidamente *restitutorium* porque un efecto jurídico de este interdicto *de aqua cottidiana*, que es prohibitorio, es el de la «restitución» del derecho de servidumbre de acueducto, cuando el titular del fundo dominante la perdió por *non usus* precisamente a consecuencia del impedimento (*prohibitio*) del titular del fundo sirviente u otra persona al uso del agua cotidiana objeto de servidumbre de acueducto²⁶³.

Respecto a D. 43,8,2 pr., perteneciente al título interdictal *ne quid in loco publico vel itinere fiat*, texto en el cual, efectivamente, como dice X. d'Ors²⁶⁴, se niega la concesión de un interdicto restitutorio.

262 Además de BERGER, *Miszellen* cit., en SZ 36 (1915) p. 209 s, LENEL, EP³ p. 480: *Hoc interdictum prohibitorium [et restitutorium] est*, «so sind hier die eingeklammerten Worte zweifellos itp.».

263. Cfr D. 43,20,1,23 (Ulp. 70 *ad ed*: *Praeterea illud sciendum est, si cum aquam duxisses, adversarius te prohibuerit, deinde tu interim ius aquae ducendae amisisti, in restitutionem hoc venire, ut tibi praestetur per hoc interdictum quod amisisti: et hoc verum puto*. Para BERGER, *Miszellen* cit., en SZ. 36 (1915) p 211 n. 2, habrían sido las palabras *in restitutionem venire* del texto anteriormente transcrito, las que llevaron a los compiladores a interpolar *interdum restitutorium* en D. 43,20,1,1, en lo cual estamos de acuerdo con Berger. No, en cambio, en la crítica meramente formal que le hace al mismo. En efecto, Berger pretende ver contradicción entre el que él califica de «categórico» *illud sciendum est* y el que él califica de «modesto» *et hoc verum puto* para concluir que el texto no pudo haber sido escrito por el mismo autor. Sin embargo, como es sabido aquella primera forma de expresión, bastante frecuente en las fuentes, la emplean los juristas para introducirnos en el supuesto de hecho que, en nuestro pasaje, es perfectamente factible y lógico, y por lo que se refiere a *et hoc verum puto* no expresa más que la conformidad de Ulpiano a lo que parece era la solución generalizada en la jurisprudencia: que en tal supuesto y ya fuese en el ejercicio de la *actio ex interdicto*, como acepta Berger, o antes del ejercicio de ésta, el legitimado pasivamente debía «restituir» el derecho de servidumbre extinguido por *non usus* a resultas de la *prohibitio* al legitimado activamente. Ahora bien, el hecho que un interdicto prohibitorio como es el que tratamos, presente como uno de sus efectos jurídicos y para este supuesto concreto una «restitutio» de un derecho no significa que el mismo recurso tenga también la naturaleza de restitutorio; aquí no es más que un efecto dada la naturaleza del supuesto de hecho.

264. X d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 75 n. 1.

torio: *de eo quod factum erit interdictum non dabo*, que sería correlativo del prohibitorio de que trata D. 43,8,2 pr., es decir, se trataría de uno distinto y no del prohibitorio dado como restitutorio. Pero analicemos detenidamente este título interdictal. Aquella parte final de D. 43,8,2 pr. no es más que una contaminación a la fórmula interdictal inicial del texto; contaminación perteneciente a la cláusula edictal en la cual se anunciaba el interdicto prohibitorio. Ahora bien, en dicha parte final se niega un interdicto restitutorio para el *opus iam facti* cuando lo hecho fue en un solar, edificio o campo públicos (*locus publicus*) y autorizado por ley, senadoconsulto, edicto o decreto: esta es la hipótesis prevista en D. 43,8,2 pr. En cambio, para la vía o camino públicos rústicos —el cuidado de las vías públicas urbanas y de otras construcciones urbanas se encomendaba al esmero directo de los magistrados²⁶⁵— está previsto en este mismo título interdictal otro interdicto prohibitorio cuya fórmula interdictal, sin contaminación edictal, nos encontramos en D. 43,8,2,20 y cuando, a pesar de este interdicto prohibitorio, se hacía la obra (*opus iam factum*), entonces aquí sí que procede el interdicto restitutorio correspondiente o «correlativo» cuya fórmula interdictal, también sin contaminación edictal, nos hallamos en D. 43,8,2,35. Esto indica la conveniencia de hablar de título interdictal²⁶⁶ cuando nos referimos a uno de los títulos del libro 43 del Digesto y no identificar cada uno de los interdictos por la rúbrica de cada título del libro 43 de la compilación jurisprudencial, pues, efectivamente, en algunos títulos interdictales que tratan de interdictos prohibitorios, nos encontramos con un correspondiente o «correlativo» interdicto restitutorio. Pero esto no depone en favor de la opinión de X. d'Ors, quien llega a afirmar que «... quizá todos los interdictos prohibitorios tuviesen, en principio, su correspondiente interdicto restitutorio...»²⁶⁷, porque respecto a D. 43,4,3,2 y D. 43,20,1,1 hay que distinguir dos planos: i) si estos dos interdictos prohibitorios tenían su correspondiente o «correlativo» interdicto restitutorio, y ii) si aquellos dos interdictos prohibitorios son al mismo tiempo restitutorios, es decir, si puede haber interdictos «mixtos» prohibitorios y restitutorios.

265. Cfr D. 43,10

266. Como hacen los mismos juristas en sus comentarios *ad edictum*, así Ulpiano en D. 43,23: *De cloacis*, 1,1: *Sub hoc titulo duo interdicta praetor subiecit, unum prohibitivum, alterum restitutorium.*

267. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit p. 75 n 1

torios, cuando lo aceptado por la doctrina, con base en las fuentes (D. 43,1,1,1), es que interdictos «mixtos» son aquellos prohibitorios y exhibitorios. Respecto a lo primero, como hemos visto en el caso del título interdictal de D. 43,8 (y en otros casos también ocurre lo mismo), los compiladores nos conservaron al menos las cláusulas edictales de aquellos interdictos restitutorios que eran complementarios de uno prohibitorio y curiosamente son aquellos interdictos prohibitorios en los cuales la actividad prohibida produce un resultado material que ahora se debe restituir, es decir, reponer en la situación anterior²⁶⁸, incluso demoliendo lo hecho, excepto en el caso del interdicto *unde vi* (restitutorio) que complementa al prohibitorio *uti possidetis* y en donde el «restituir» consiste en la posesión del inmueble. Veamos, pues, qué títulos interdictales prohibitorios vienen complementados por su correspondiente restitutorio: (D. 43,8) *Ne quid in loco publico vel itinere fiat*; (D. 43,12) *De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*, y (D. 43,13) *Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit*. Respecto a lo segundo, es decir, a si nuestros dos interdictos (D. 43,4,3,2 y D. 43,20,1,1) son «mixtos» como prohibitorios y restitutorios, creemos con Berger y Lenel que, efectivamente, el término *restitutorium* que aparece en los dos pasajes está interpolado, pues sólo en ellos nos encontramos con esta anomalía. En efecto, en lo que respecta a nuestro interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, los justinianeos, al perder de perspectiva las categorías formularias, no se dan cuenta de que el impedimento al *venire in possessionem* de la cosa inmueble se puede realizar tanto por el impedimento inicial como por la posterior expulsión del *missus in possessionem*, pues si bien es cierto que el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* es un interdicto prohibitorio, también es cierto que, desde otra perspectiva, es uno de los interdictos *adipiscendae possessionis*, es decir, pertenece a aquel grupo de interdictos que permiten entrar en posesión o detentación de un patrimonio o cosa sin necesidad de que se la haya tenido anteriormente²⁶⁹. Tal ocurre en los demás interdictos de esta naturaleza; así, en el interdicto *quorum bonorum* (D. 43,2), restitutorio; en el interdicto *quod legatorum* (D. 43,3), restitutorio; en el interdicto

268. Cfr. A. d'ORS, *DPR* 4 p. 134 n. 3.

269. Cfr. F. SAMPER, *Derecho Romano* cit p. 127.

de tabulis exhibendis (D. 43,5), exhibitorio, y en el interdicto *a quo hereditas petetur si rem noli defendere* (llamado *quam hereditatem*)²⁷⁰, restitutorio, y, respecto al interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. Ello es así respecto al último porque el impedimento al *venire in possessionem* tanto en el momento inicial como en el momento de la expulsión del *missus in possessionem* está implicada una desobediencia a la orden pretoria del *vim fieri veto* y esto precisamente por lo atípica que es esta *possessio*, una *possessio* fundamentada en el *iussum praetoris* que nadie, ni el mismo legitimado pasivamente al interdicto, puede discutirle, no al *missus in possessionem*, sino al Pretor. Más aún, a este respecto es bastante aleccionador un pasaje de Venuleyo de contenido general. Nos referimos a D. 41,2,52,2 (1 *interd.*):

Species inducendi in possessionem alicuius rei est prohibere ingredienti vim fieri: statim enim cedere adversarium et vacuam relinquere possessionem iubet, quod multo plus est quam restituere.

A pesar de que Lenel²⁷¹ refiere el pasaje únicamente al interdicto *uti possidetis* para caracterizar el contenido prohibitorio del mismo, nosotros, por el contrario, lo referimos a los interdictos *adipiscendae possessionis* por la caracterización que hemos dado anteriormente de dicho tipo de interdictos. De las diversas críticas que Beseler²⁷² ha hecho al pasaje, la más interesante para nuestro interés actual es la que da por interpolada la parte final del pasaje desde [*iubet* - fin]. La crítica de Beseler está determinada por la ausencia del sujeto en el verbo *iubet*, que en derecho clásico no puede ser más que el Pretor. Sin embargo, así como aceptamos con Berger la crítica a la motivación final de que el *vim fieri veto* del Pretor es más que restituir, así también aceptamos que la idea de fondo es clásica. Por otra parte, se debe tener en cuenta que los interdictos prohibitorios son de retener la posesión y en el nuestro se ve plenamente esta caracterización, sin necesidad de que el *missus in possessionem* tenga que recurrir a un correlativo interdicto restitutorio para recuperar la detentación del inmueble cuando pierde la misma, ni, mucho menos, que el mismo interdicto prohibitorio *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* cumpla él mismo la función de restitutorio para aquella eventualidad.

270. LENEL, *EP.*³ p. 454 y p. 455 n. 1.

271. LENEL, *EP.*³ p. 473 y n. 5.

272. Cfr. *Index Interp.* s.l.

En efecto, en las fuentes nos encontramos con una larga serie de interdictos prohibitorios que no presentan un correlativo interdicto restitutorio. Así, fuera de los dos que tratamos, es decir, el nuestro en D. 43,4,3,2 y el de D. 43,20,1,1, también tenemos: (D. 43,6) *Ne quid in loco sacro fiat*; (D. 43,9) *De loco publico fruendo*; (D. 43,11) *De via publica*; (D. 43,14) *Ut in flumine publico navigare liceat*; (D. 43,15) *De ripa munienda*; (D. 43,18) *De superficiebus*; (D. 43,19) *De itinere actuque privato*; (D. 43,21) *De rivis*; (D. 43,22) *De fonte*; (D. 43,27) *De arboribus caedendis*; (D. 43,28) *De glandae legenda*, y (D. 43,32) *De migrando*. Incluso nos encontramos con el título interdictal de D. 43,23: *De cloacis*, en donde los compiladores conservaron el testimonio de Ulpiano de que en este título interdictal se contienen dos interdictos (D. 43,23,1,1): uno prohibitorio (D. 43,23,1 pr.) y otro restitutorio (D. 43,23,1,15). Pero no se crea que el segundo es correlativo del primero, porque mientras éste (D. 43,23,1 pr.) se refiere exclusivamente a las cloacas privadas, aquél (D. 43,23,1,15) se refiere a las cloacas públicas. Ahora bien, el interdicto de cloacas privadas es sólo el prohibitorio porque quien hace la obra y legitimado activamente al interdicto, previamente le ha dado la *cautio de damno infecto* al propietario de la cloaca vecina, lo cual explicaría la no existencia de un correlativo interdicto restitutorio para este prohibitorio de cloaca privada²⁷³. Más aún, fuera del libro 43 del Digesto, nos encontramos el título interdictal *De mortuo inferendo et sepulchro aedificando* (D. 11,8) que nos ofrece dos interdictos prohibitorios: uno, en D. 11,8,1 pr. (Ulp. 68 *ad ed.*), para que no se impida por la violencia llevar un cadáver y sepultarlo donde se tiene derecho, y otro, en D. 11,8,1,5 (Ulp. 68 *ad ed.*), para que no se impida por la violencia que se construya sin dolo malo un sepulcro allí donde se tenga derecho a construirlo. Ahora bien, no es fácil imaginar dos interdictos restitutorios «correlativos» de aquéllos; salvo para el segundo (D. 11,8,1,5) en donde se podría pensar como interdicto restitutorio «correlativo» el interdicto «*demolitorium*» que sigue a la *novi operis nuntiatio* (D. 39,1,20 pr.), factible para este supuesto. Pero según el testimonio de Pomponio en D. 11,8,3 pr. (9 *Sab.*), si se hace la obra sólo es posible

273. Aunque para LENEL, *EP.*³ § 254: *De cloacis*, p. 481: «Wahrscheinlich hatte der Praetor neben obigen Interdikten noch ein weiteres —restitutorisches— de cloacis privatis proponiert».

el interdicto *quod vi aut clam*, pero mientras este interdicto restitutorio se reserva para las obras hechas *in alieno*, supuesto que no es el de D. 11,8,1,5, el interdicto «*demolitorium*» sólo se aplica a las obras hechas *in suo* pero en perjuicio de un derecho ajeno, supuesto que sí se da en D. 11,8,1,5. Igualmente, fuera del libro 43 del Digesto, nos encontramos dos interdictos en relación con la *novi operis nuntiatio*: D. 39,1,20,9 (prohibitorio), y D. 39,1,20 pr. (restitutorio). Pero mientras el primero es el conocido como interdicto *ne vis fiat aedificanti*, que se concede al denunciado para que no se le impida la construcción una vez que ha dado caución, el segundo es el conocido como interdicto *demolitorium*, que se concede al denunciante para que el denunciado quite a su costa todo lo hecho contraviniendo la denuncia no remitida y antes de haber dado la caución. Por tanto, no son correlativos.

Por último, D. 43,4,3,2 es el único texto que nos atestigua el empleo del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* para el caso del impedimento al *venire in possessionem* sobre la cosa inmueble de la mujer *missa in possessionem ventris nomine*, ya que el último párrafo de este fragmento nos recuerda la acción que se da contra la mujer que *calumniae causa* afirma su estado de gravidez. Nos dice D. 43,4,3,3 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Si mulier dicatur calumniae causa in possessionem venisse, quod non sit praegnas vel non ex eo praegnas, vel si de statu mulieris aliquid dicatur: ex epistula divi Hadriani ad exemplum praesumptionis Carboniani edicti ventri praetor pollicetur possessionem²⁷⁴.

iii) *Interdicto «ne vis fiat ei qui (bona = rei servandae causa) in possessionem missus erit»*

A diferencia del testimonio expreso que tenemos en las fuentes del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, para las *missiones in possessionem damni infecti nomine, legatorum servandorum*

274. Sobre esta acción, vid. D. 25,6: *Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur* (LENEL, EP.³ § 120: *Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa fuisse dicatur*). Cfr. supra n. 230 sobre la acción que se da contra la mujer *missa in possessionem ventris nomine* por haber traspasado a otro con dolo malo la posesión de la cosa mueble objeto de *missio in possessionem*.

causa y ventris nomine, no se nos ha conservado ningún pasaje de la compilación jurisprudencial, ni de ninguna otra fuente, que nos pruebe la aplicación del interdicto a la *missio in possessionem rei servandae causa* para alguno de sus tipos, ni siquiera para la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores²⁷⁵. Sin embargo, si aceptamos la reintegración de D. 43,4,4,4²⁷⁶, en donde Ulpiano, a propósito del comentario a la *missio in possessionem damni infecti nomine*, concluye dicho comentario diciendo que, si también por otra causa se presenta el caso de verse impedido de entrar en posesión el que fue puesto en ella, dispone del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. entonces debemos admitir que una causa puede ser, además de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* y la *missio in possessionem ventris nomine*, la *missio in possessionem rei servandae causa*. Por tanto, podemos concluir que también para esta última se aplicaba el interdicto para sancionar el impedimento violento al *venire in possessionem* de las cosas inmuebles, ya que, de lo contrario, Ulpiano, que no hablaba desaprensivamente en este tema, la hubiese excluido expresamente. Al menos no vemos la razón para que el régimen del interdicto no se aplicase a la *missio in possessionem rei servandae causa* si tenemos en cuenta la diferencia de régimen entre las cosas muebles y las inmuebles de las otras dos *missiones in possessionem*: *legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*. La ausencia de fragmentos que traten del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* aplicado a la *missio in possessionem rei servandae causa* quizá se pueda explicar diciendo que dichos fragmentos deberían venir situados en el lugar que actualmente ocupan D. 43,4,1 pr.— 8 y D. 43,4,2, que tratan de la *actio in factum* para sancionar el impedimento doloso al *venire in possessionem* de la cosa mueble y que los compiladores trajeron de sus *sedes materiae* propia, es decir, la del concurso de acreedores, a esta *sedes materiae* del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, pero, desaprensivamente, no dejaron los pasajes correspondientes al interdicto aplicado a este tipo de *missio in possessionem*. Se explica también la colocación completamente irregular de la *actio in factum*

275. A pesar de lo anterior, obsérvese la intuición lógica de K. A. Schmidt transcrita supra n. 210, y de X. d'Ors transcrita supra en esta sede 4 y nn. 207 y 208 (pero cfr. supra III n. 133), sobre la aplicabilidad del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* a las *missiones in possessionem rei servandae causa*

276. Cfr. supra IV 6 y n. 174.

en sede de interdictos, aunque dicha colocación también resulta explicable porque el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, para sancionar el impedimento violento al *venire in possessionem* de la cosa inmueble y la *actio in factum*, para sancionar el impedimento doloso al *venire in possessionem* de la cosa mueble, completan el régimen de defensa pretoria en las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*, pero también, lógicamente, en la *missio in possessionem rei servandae causa*. Lo mismo ocurre en D. 43,4,4,2 y 3, donde Ulpiano completa el régimen de defensa pretoria de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, cuya defensa normal es el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, con la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado cuando no se dio la *cautio de damno infecto* ni se permitió el *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, y entretanto se causó el daño del inmueble que amenazaba ruina.

Indirectamente, sí disponemos de un texto que nos llevaría a confirmar la aplicación del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* a todos los casos de *missio in possessionem rei servandae causa*, incluso la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores. Naturalmente, en todos esos casos por el impedimento violento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre inmuebles porque para las cosas muebles está prevista la *actio in factum*. Nos referimos a un pasaje de la *sedes materiae* del interdicto *Uti possidetis* y en el cual el mismo Ulpiano excluye expresamente la legitimación activa de este interdicto *Uti possidetis* de todos los *missi in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa, ventris nomine y damni infecti nomine (ex primo decreto)*. Dice así D. 43,17,3,8 (Ulp. 69 *ad ed.*):

Creditores missos in possessionem rei servandae causa interdicto uti possidetis uti non posse, et merito, quia non possident: idemque et in ceteris omnibus, qui custodia causa missi sunt in possessionem, dicendum est²⁷⁷.

277. La cita que hace el *Index Interp.* s.l. de BESELER, SZ. 53 (1933) p. 16, es errónea, pues este autor critica en su escrito D. 43,17,1,8 y no nuestro pasaje. Por otra parte, A. METRO, *L'obbligazione di custodire* cit. p. 79 y n. 81, siguiendo a M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*² (Köln-Graz, 1956) p. 334 y n. 19, cree que Ulpiano, en la primera parte del pasaje (*Creditores ... uti non posse*), está refiriendo el pensamiento de otro jurista, cuyo nombre no aparece

Evidentemente, Ulpiano debía estar pensando aquí en cosas inmuebles, pues el interdicto *Uti possidetis*, como es sabido, sólo recae sobre

en la redacción actual del texto; pensamiento al cual se adhiere el mismo Ulpiano precisamente, según A. Metro, con la expresión *et merito*. Según este autor la aportación personal de Ulpiano sería la extensión de dicha regla, es decir, la no legitimación activa del interdicto *uti possidetis* a las demás *missiones in possessionem*. De ser cierta la primera observación de A. Metro, debemos tener en cuenta que, en todo caso, y, como lo hemos establecido, cuando Ulpiano habla de *missio in possessionem rei servandae* causa se está expresando con un neologismo introducido por Venuleyo en el siglo II d. C. y con el cual explicaría el pensamiento de la jurisprudencia anterior a aquella fecha, pero en el mismo sentido. Respecto a la segunda observación de A. Metro en relación con la extensión por Ulpiano de la mencionada no-legitimación activa del interdicto *uti possidetis* a los otros tipos de *missiones in possessionem*, no vemos por qué tuvo que haber operado por obra de extensión jurisprudencial y sólo hasta Ulpiano, pues con ello A. Metro está admitiendo que hasta Ulpiano estos otros *missi in possessionem* sí eran poseedores, puesto que dispondrían del interdicto *uti possidetis*. Todo lo contrario, en ningún momento las demás *missiones in possessionem* estuvieron tuteladas por el interdicto *uti possidetis*, pues, como ya establecimos, ni para la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* ni para la *missio in possessionem ventris nomine* se plantea la defensa posesoria de las cosas objeto de *missio in possessionem* por el *missus in possessionem* directamente, sino que dicha defensa posesoria ordinaria corresponde al heredero o al *bonorum possessor* en uno y otro caso; para la *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto* al propietario de la cosa inmueble que amenaza daño, y para la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*, aunque posible para el *missus in possessionem* ya se hace inútil el interdicto *uti possidetis*, puesto que, como propietario bonitario que es, dispone de la *actio Publiciana* y del interdicto *unde vi*. Más aún, al introducirse en el Edicto el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, quizá inicialmente a propósito de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, entonces también se hizo posible la tutela directa de las demás *missiones in possessionem* incluso contra el legitimado pasivamente a la *missio in possessionem*, y respecto a los inmuebles sin reconocerles la categoría de poseedores en sentido técnico; calidad que en estas *missiones in possessionem* sigue teniendo el legitimado pasivamente a la *missio in possessionem* respectiva. Por último, queremos señalar aquí que así como la romanística ha solido referir nuestro texto exclusivamente a propósito de la naturaleza jurídica de la *possessio* en las *missiones in possessionem* precisamente para negarles dicho carácter técnico y, evidentemente, también lo ha solido referir a la no legitimación activa de los *missi in possessionem* al interdicto *uti possidetis*, quizá no había observado la trascendencia de este pasaje y de esta no legitimación activa en relación con la defensa interdictal de los *missi in possessionem* respecto a las cosas inmuebles, es decir, en relación con la legitimación activa de todos los *missi in possessionem*, incluso de lo *missi in bona de-*

inmuebles. Consecuentemente, confirmamos, una vez más, nuestra tesis de que, para efectos de la defensa pretoria de las *missiones in possessionem*, el derecho romano clásico distingue entre cosas muebles e inmuebles. En efecto, de no ser así, Ulpiano no se hubiese planteado la legitimación activa del interdicto *Uti possidetis* para los *missi in possessionem*. Pero hay más: Ulpiano toma precisamente como paradigma para excluir la legitimación activa del interdicto *Uti possidetis* la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores y, por tanto, si la *missio in bona debitoris* y, en general la *missio in possessionem rei servandae causa*, sólo estuviese tutelada por la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. y, consecuentemente, indiscriminadamente, es decir, sin distinguir cosas muebles e inmuebles ¿para qué iba Ulpiano a hacer este planteamiento en *sedes materiae* del interdicto prohibitorio *Uti possidetis* que sólo versa sobre inmuebles? Por otra parte, la misma motivación de este pasaje (*quia non possident*) se puede aplicar a la exclusión de la legitimación activa del interdicto *Utrubi* a los *missi in possessionem* respecto a las cosas muebles, a pesar de que el interdicto *Utrubi* también es prohibitorio como el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, pero, como aquél se aplica a cosas muebles, ya en su correspondiente título interdictal (D. 43,31), no aparece ninguna referencia simétrica sobre la legitimación activa de los *missi in possessionem* al mismo, lo cual es explicable, pues para las cosas muebles estaba prevista la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., más difícil de confundir con el interdicto *Utrubi*.

Por último, y esto nos reconduce al criterio procesal en la determinación de la naturaleza jurídica de las *missiones in possessionem*, tema que hemos analizado en el apartado segundo de este trabajo²⁷⁸ y en el cual desechamos la crítica del jurista Paulo a Quinto Mucio Escévo-la respecto a la naturaleza de verdaderos poseedores que este último jurista daba, por lo menos, a los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores y ello porque tenían la legitimación activa al interdicto *Uti possidetis*²⁷⁹, podemos observar en el fragmento transcrito, cómo Ulpiano no aprovecha este pasaje, que sería el indicado,

bitoris del concurso de acreedores y, en general, del *missus in possessionem rei servandae causa*, al interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* que como el interdicto *uti possidetis*, sólo versa sobre inmuebles.

278. Cfr. supra II 2.

279. Cfr. supra II 2 iv.

para adherirse a la crítica de Paulo, sino que se limita a negarle carácter de *possessio* a todas las *missiones in possessionem*, incluso a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores y, por tanto, a todos los demás casos de *missio in possessionem rei servandae causa* junto con las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa*, *ventris nomine* y *damni infecti nomine ex primo decreto*. En otros términos, Ulpiano se limita a exponer el *status quaestionis* de la defensa pretoria de los *missi in possessionem* —en este texto, para negarles la legitimación activa al interdicto *Uti possidetis*— para su época por una razón sustantiva: *quia non possident*, cuando el criterio realmente clásico sería el procesal: «*interdicto uti possidetis uti possunt, ergo possident*». Ahora bien, planteábamos en aquella sede del apartado segundo de esta investigación cómo la naturaleza de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores estaba fundamentada en el decreto pretorio de *missio in possessionem* y su defensa pretoria inicial respecto a los inmuebles, es decir, a través del interdicto *Uti possidetis*, debió de haber llevado a la consideración de que esa protección por medio de este interdicto realmente se circunscribía a la *vis* que se podría realizar contra los acreedores, tanto para impedirles el *venire in possessionem* sobre el inmueble como para desalojarles del mismo. De los otros dos términos de la cláusula de posesión viciosa del interdicto *Uti possidetis, nec clam nec precario*, no era posible hablar respecto a los acreedores *missi in bona debitoris*, ni activa ni pasivamente. Más aún, la *vis* de que se trata aquí no es «relativa» (*alter ab altero*) como se contempla en el interdicto *Uti possidetis*, sino que se trata de una *vis* «unilateral»: la que impide el *venire in possessionem* sobre el inmueble a los acreedores *missi in bona debitoris*. Por tanto, y con esto completamos nuestra argumentación de aquel apartado segundo de nuestro trabajo, debió sentirse la necesidad de introducir un interdicto también prohibitorio como el *Uti possidetis*, pero, a diferencia de éste que es doble y de retener la posesión de los inmuebles (*retinendae possessionis*), el nuestro debía ser simple y de adquirir la detentación de los inmuebles (*adispiscendae possessionis*)²⁸⁰ objeto de *missio in*

280. Según A. d'ORS, DPR. ⁴ p. 195 n. 10 «*Detentatio*» no es término técnico. Desde el punto de vista de la posesión civil, estos detentadores son poseedores «naturales» (D 41,5,2,1), pero también lo son los poseedores interdictales no-propietarios...».

possessionem y limitado a la represión de la *vis* que impedía el *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, ya inicial ya por expulsión posterior del inmueble. No podía tratarse de un interdicto simple y de recuperar la posesión de los inmuebles (*recuperandae possessionis*) como puede ser el interdicto *Unde vi*, pues respecto a los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores, como respecto a todas las demás *missiones in possessionem*, no se puede plantear la posibilidad de que pierdan la detentación de los inmuebles objeto de *missio in possessionem* desde el punto de vista jurídico, pues dicha *possessio* está fundamentada en el decreto pretorio de *missio in possessionem* y, por tanto, dicha pérdida siempre nos llevaría a la represión de la misma con un interdicto prohibitorio, de adquirir la detentación de los inmuebles y simple. Dicho interdicto no puede ser otro que el *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, que indudablemente debió introducirse en el Edicto no antes de Quinto Mucio Escévola: es decir, dicho recurso pretorio surgió después del año 82 a. C., fecha del fallecimiento del gran jurista de la primera época clásica. A partir del momento en que se introdujo este interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* para tutelar la posición de los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores sobre los inmuebles, perdieron entonces su carácter de poseedores en sentido técnico, es decir, de legitimados activamente al interdicto *Uti possidetis*, aunque no por ello perdieron la legitimación pasiva a la acción reivindicatoria. Naturalmente, las demás *missiones in possessionem* que nunca habían tenido el carácter técnico de *possessio* se vieron ahora tuteladas por su recurso propio y a favor directamente de los *missi in possessionem* en estos otros tipos de *missiones in possessionem*, no sólo las de los demás casos de *missio in possessionem rei servandae causa*, sino también las *missiones in possessiones legatorum servandorum causa*, *ventris nomine* y *damni infecti nomine ex primo decreto* e incluso *ex secundo decreto* cuando el *missus in possessionem* no había entrado en el inmueble.

VI. CONCLUSIONES

En la introducción de este trabajo planteamos una serie de preguntas que nos motivaron para llevar a cabo esta investigación. Ahora bien, tomando como criterio principal de diferenciación en la defensa preto-

ria del *missus in possessionem* la naturaleza de cosa mueble o inmueble sobre la cual recaiga la *missio in possessionem*, creemos haber dado respuesta a aquellas preguntas; respuestas que ahora podemos resumir en las siguientes conclusiones, no sin antes consignar otras conclusiones de tipo más general o accesorio a nuestro tema central.

i) La categoría nominal *missio in possessionem rei servandae causa* es un neologismo introducido por el jurista Venuleyo en su obra *de interdictis*, posterior a la redacción definitiva del Edicto por Salvio Juliano. Por consiguiente, en todo intento de reconstrucción de aquella obra no debe introducirse dicho término. Este neologismo viene a designar y a desplazar en la jurisprudencia a todos los casos de *missiones in bona*, ya recaigan sobre todo un patrimonio o sobre una herencia que es ella misma un patrimonio (ya que en tema de *missiones in possessionem* se distingue, a veces, el patrimonio propio del heredero del patrimonio hereditario objeto de embargo), que conducen a una *venditio bonorum* inmediata o diferida. Este es el criterio clásico que verdaderamente distingue las *missiones in bona* de las demás *missiones in possessionem*, a pesar de que algunas de éstas recaen sobre un patrimonio como la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* y la *missio in possessionem ventris nomine*, pero que en ningún caso conducen a una *venditio bonorum*. Por ello, en las fuentes, aquellas dos *missiones in possessionem* nunca recibe la denominación de *missiones in bona* y de ahí que no sea conveniente caracterizar estos dos tipos de *missiones in possessionem* —como suele hacer la doctrina—, con el término de *missio in bona hereditatis*. Igualmente, la doctrina ha venido caracterizando tanto las *missiones in bona* como las *missiones in possessionem* como medida pretoria coactiva y provisional. Esto es cierto para las segundas, es decir, para aquellas *missiones in possessionem* que no conducen a una *venditio bonorum* inmediata o diferida, salvo el efecto adquisitivo de la propiedad pretoria en la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*, que es definitivo. En cambio, es menos certero darles únicamente el mismo carácter de coacción y provisionalidad a las *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa*, pues, si bien es cierto pueden cumplir la finalidad de coacción en algunos casos —piénsese, por ejemplo, en la *missio in bona si heres suspectus non satisfacit*—, también es cierto que no podemos hablar de mera provisionalidad para

una medida pretoria —las *missiones in bona*— cuyo resultado es el de la *venditio bonorum* inmediata o diferida, pues en ellas la provisionalidad sólo radica en que la tenencia del patrimonio no es definitiva, como tampoco en las *missiones in possessionem*, pero aquéllas conducen a una *venditio bonorum* y en este sentido no son provisionales sino ejecutivas.

ii) Sentada la anterior conclusión, que incide sobre la terminología técnica, nos encontramos con que la denominación constante en las fuentes de nuestros tipos de *missiones in possessionem* principales es la siguiente: a) *missio in possessionem rei servandae causa* o *missiones in bona*, cuyos casos están siempre en función de un derecho de acreedor; b) *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, en función de un derecho del legatario, y que sanciona la negativa a prestar la *cautio legatorum servandorum gratia* por el legitimado pasivamente; c) *missio in possessionem damni infecti nomine*, en función de la previsión del *damnum infectum* de un inmueble que amenaza ruina por *vitium aedium* o *vitium loci*, y que sanciona la negativa a prestar la *cautio damni infecti nomine* por el legitimado pasivamente y d) *missio in possessionem ventris nomine*, en función de la protección pretoria a una esperanza de vida (*spem animantis*) y a las expectativas hereditarias de un *nasciturus*.

iii) El criterio válido para determinar la naturaleza jurídica de las *missiones in possessionem* es el procesal, es decir, dicha naturaleza jurídica depende del momento histórico en que dicha situación estaba defendida. Primero, por el interdicto *Uti possidetis*, caso en el cual, al menos para los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores, se daba una *possessio* en sentido técnico; defensa que todavía ocurría en la época de Quinto Mucio Escévola, como se deduce de la crítica que le hace tres siglos después el jurista Paulo, aunque a través del testimonio de éste jurista hemos podido reconstruir dicha perspectiva procesal de Q. Mucio Escévola. Luego, por el interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, con el cual, en todos los *missi in possessionem rei servandae causa*, incluso los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores deja de darse la condición técnica de poseedores; aunque, como se deduce del testimonio de Pomponio en su comentario a Quinto Mucio Escévola en D. 42,4,12, los *missi in possessionem legatorum servandorum causa*, *ventris nomine* y *damni infecti*

nomine (ex primo decreto) en ningún momento llegaron a tener la calidad técnica de poseedores.

iv) Cuando se introdujo en el Edicto Pretorio el nuevo interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, prohibitorio y de adquirir, como simple, todas las *missiones in possessionem* pudieron ser denominadas como *missiones in possessionem custodiae causa*.

v) En el orden del Edicto el interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* estaba situado en el grupo de los interdictos *de universitate*, aunque en el caso de la *missio in possessionem damni infecti nomine* no cumpliera tal finalidad en puridad de términos, pues nada impide pensar en la posibilidad de que en la *sedes materiae* de interdictos *de universitate* sólo hubiese una cláusula edictal en donde se anunciaría un solo interdicto como lo indica la misma rúbrica interdictal de D. 43,4 con su correspondiente fórmula interdictal concebida en términos generales y utilizable para cualquier caso de *missio in possessionem*. Lo mismo ocurre con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. que, situada posiblemente en *sedes materiae* de concurso de acreedores, sin embargo, es aplicable a las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine* y los demás casos de *missio in possessionem rei servandae causa*.

vi) El régimen de la defensa pretoria de las *missiones in possessionem* es unitario y profundamente lógico. En efecto, no se trata de que la tutela a la *missio in possessionem damni infecti nomine* estuviese constituida por el interdicto *Ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit* y una *actio ficticia*, como venía sosteniendo la doctrina tradicional a partir de G. Branca y que desechamos en nuestro trabajo sobre la *cautio damni infecti nomine* y sus recursos supletorios. Tampoco se trata de que las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine* estuviesen protegidas exclusivamente por el interdicto *Ne vis fiat ei qui legatorum servandorum in possessionem missus erit* y el interdicto *Ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*, respectivamente, presumiendo como interpolada la referencia a estas dos *missiones in possessionem* en D. 43,4,1,2 respecto a la *actio in factum* contenida irregularmente en dicho título interdictal. Por último, menos aún se trata de que la *missio in possessionem rei servandae causa* estuviese tutelada únicamente por la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr.

vii) El régimen de la defensa pretoria de las *missiones in possessionem* es unitario, excepto para la *missio in possessionem damni infecti nomine*, ya que ésta sólo recae sobre inmuebles, mientras que las demás *missiones in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa y ventris nomine* pueden versar tanto sobre cosas muebles como sobre inmuebles, ya conjuntiva —será lo normal— ya disyuntivamente.

viii) Tratándose de cosas inmuebles, el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* en todas las *missiones in possessionem* sólo se realiza mediante la *vis*, dada precisamente la naturaleza de la cosa objeto de *missio in possessionem* y, por tanto,

ix) en todas las *missiones in possessionem* la *vis* se sanciona mediante un interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. Interdicto prohibitorio y de adquirir la *possessio ex decreto praetoris*, pero, además, de carácter simple. Por consiguiente, la *vis* puede consistir tanto en impedir el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* como en expulsarle del inmueble; en uno u otro caso el interdicto es el mismo y no hay necesidad de pensar en un correlativo interdicto restitutorio para la segunda eventualidad.

x) La defensa pretoria de la *missio in possessionem damni infecti nomine* se integra con una *actio in factum* de resarcimiento del daño causado, cuando el legitimado pasivamente no da la *cautio damni infecti nomine* ni permite que el *missus in possessionem* entre en detención de la cosa inmueble y entretanto se causa el daño, caso en el cual el interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* ya no tendrá eficacia procesal precisamente por haberse causado el *damnum* e, indirectamente, tampoco tendrá eficacia la *missio in possessionem damni infecti nomine*.

xi) La defensa pretoria de las demás *missiones in possessionem* para las cosas muebles se complementa con una *actio in factum*, ya que el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre la cosa mueble se efectúa, más que mediante la *vis* —aunque no se excluya—, mediante el *dolus* y, consecuentemente,

xii) en tema de *missiones in possessionem*, las referencias a *vis* y *dolus* en el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* no son arbitrarias, sino que obedecen respectivamente a la naturaleza de cosas inmuebles o muebles sobre las que recae la *missio*

in possessionem, excluido, naturalmente, el *dolus* de la *missio in possessionem damni infecti nomine* que se sanciona mediante su propia *actio in factum* y en donde el *dolus* tiene un sentido distinto. En otros términos, no son la *vis* o el *dolus* los que determinan el recurso jurídico a aplicar —interdicto o *actio in factum*, respectivamente—, sino que es la cosa inmueble o mueble la que determina la *vis* o el *dolus* para el impedimento al *venire in possessionem* de la cosa inmueble o mueble, respectivamente y, en consecuencia, se aplicará uno u otro recurso pretorios aunque en la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. no se excluye la posibilidad de que el impedimento al *venire in possessionem* de una cosa mueble se realice mediante *vis* porque, en todo caso se aplicará dicha *actio in factum*. En cambio, sí se excluye la posibilidad contraria, es decir, el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* de una cosa inmueble mediante *dolus*. Por tanto, podemos decir que mientras con el interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* se persigue la cosa inmueble porque siempre está *in situ*, con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. se persigue la persona del que impidió el *venire in possessionem* sobre la cosa mueble.

xiii) En todas las *missiones in possessionem* y respecto al interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, la *litis aestimatio* estará referida al *id quod interest*, pero según el tipo de *missio in possessionem* de que se trate. Así, en todos los casos de *missio in possessionem rei servandae causa*, estará referida a todo el patrimonio o herencia embargados. En la *missio in possessionem damni infecti nomine* estará referida a la cosa inmueble que amenaza daño, y en la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* estará referida al valor del legado. En estos dos últimos casos, la *actio ex interdicto* también debería tener cláusula arbitraria cuando el legitimado pasivamente a la acción del interdicto —en una y en otra *missio in possessionem* eran, el titular del inmueble que amenazaba daño, para la primera, o el heredero o *bonorum possessor*, para la segunda, ya actuasen *suo nomine* o a través de representante— ofrecía la *cautio damni infecti nomine* o la *cautio legatorum servandorum gratia*, respectivamente, a cambio de la absolución; aunque, para estos efectos, no se debe desechar completamente lo que dicen otros textos referidos a otros interdictos de que el momento procesal oportuno de ofrecer la caución es el momento en que se va a ejercitar el interdicto (D. 43,3,2,4).

xiv) Mientras la *litis aestimatio* de la *actio in factum* de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, por el resarcimiento del daño causado, estará siempre referida a la equiparación con la *litis aestimatio* de la *actio ex stipulatu* de la *cautio damni infecti nomine* de haberse prestado ésta por el legitimado pasivamente, la *litis aestimatio* de la *actio in factum* de las demás *missiones in possessionem*, por el impedimento al *venire in possessionem* de la cosa mueble, estará referida al *quanti ea res erit* que, en los casos de *missio in possessionem rei servandae causa*, será por todo el patrimonio o la herencia embargados, mientras en la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* seguramente la *litis aestimatio* sería *cum taxatione*, ya que se refería al valor del legado y, por tanto, el *quanti ea res erit* no podría exceder la cuantía de la cosa mueble misma. Por otra parte, así como la *actio in factum* del *damnum infectum* no podría traer cláusula arbitraria, ya que la *cautio damni infecti nomine* había perdido su eficacia como también la correspondiente *missio in possessionem*, pues ya se ha producido el *damnum*, en la *actio in factum* de las demás *missiones in possessionem*, es posible pensar en la cláusula arbitraria, ya que la presentación *in iure* de la cosa mueble hacía posible la *missio in possessionem*, es decir, el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre la cosa mueble, a cambio de la absolución o, en el caso de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* y cuando el legitimado pasivamente a la *actio in factum* era el heredero o el *bonorum possessor*, la cláusula arbitraria conduciría a la absolución a cambio de la *cautio legatorum servandorum gratia*.

xv) Así, pues, tanto el interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* como la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. tendrán una *litis aestimatio* exactamente igual, y ello es así porque tanto uno como otra tienen la misma finalidad, sólo que bajo la distinción de la tutela pretoria de que se trate respecto a cosa inmueble o mueble, respectivamente. Por otra parte, téngase en cuenta que mientras el interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* se da contra el mandante de la *prohibitio* al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre el inmueble (D. 39,2,17,1) la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. se da contra el mandatario del impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre la cosa mueble (D. 43,4,2,1).

xvi) La clasificación que nos da el jurista Ulpiano de las *missio-*

nes in possessionem en D. 2,12,1; D. 42,4,1 y, particularmente, en D. 43,4,1,2, donde se excluye la *missio in possessionem damni infecti nomine* con razón, es una clasificación auténtica y clásica, elaborada por la jurisprudencia desde un punto de vista procesal como es el de la defensa pretoria de las mismas, aunque respetando los aspectos sustantivos de cada una de las *missiones in possessionem*, y no desde otros puntos de vista, también posibles.

xvii) Dentro de una perspectiva más general, nos encontramos con que, en el régimen de la defensa pretoria del *missus in possessionem*, también se presenta la misma simetría que se observa en la acción reivindicatoria cuando el legitimado pasivamente no quiere aceptar el litigio petitorio o no puede aceptarlo porque dejó maliciosamente de poseer (*qui dolo desistit possidere*), en que el legitimado activamente dispone de dos recursos pretorios: a) del *interdictum quem fundum* cuando se trata de un inmueble, y b) de la *actio ad exhibendum* cuando se trata de un mueble. A este mismo propósito, quizá nuestro trabajo venga a confirmar, en parte, la tesis de Burillo sobre la naturaleza delictual de la *actio (in factum) ad exhibendum*.

xviii) Establecida la diferenciación de régimen de defensa pretoria en las *missiones in possessionem rei servandae causa, legatorum servandorum causa y ventris nomine* para las cosas muebles e inmuebles, se plantea lógicamente la tutela pretoria de las cosas incorporales, es decir, de los créditos en aquellos tres tipos de *missiones in possessionem*. Dicha defensa se resuelve fundamentalmente a través de la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., cuando la satisfacción del crédito se realiza a través de una suma de dinero (cosa mueble) o cuando la *missio in possessionem* recae sobre el medio de prueba normal del crédito, los documentos (cosa mueble) sobre los cuales se impide el *venire in possessionem* del *missus in possessionem*. Pero también están previstos otros recursos procesales cuando el legitimado pasivamente, es decir, el acreedor embargado, pretende burlar la *missio in possessionem* del crédito a través de otros medios.

FERNANDO BETANCOURT

Facultad de Derecho

San Sebastián

LA RECUSACION JUDICIAL EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

SUMARIO: Introducción.—1. La recusación judicial en el Derecho romano-visigodo.—2. Obscurecimiento de la institución en el período altomedieval.—3. Primeros atisbos de resurgimiento en las redacciones amplias de Derecho local.—4. Definitiva separación de competencias, eclesástica y civil, en materia de recusación judicial.—5. La recusación judicial en el Derecho canónico clásico.—6. La recusación judicial en el tiempo de la renovación fundamental del ordenamiento jurídico castellano: a) Espéculo; b) Fuero Real; c) Partidas; d) Ordenamiento de Cortes de Alcalá de Henares de 1348.—7. Desarrollo legal de la recusación judicial en la Edad Moderna: a) Introducción; b) Recusación de la alta magistratura del reino: 1) Primeros tiempos legislativos; 2) Consolidación y reforma; c) La recusación en la jurisdicción inferior.—8. Doctrina sobre la recusación judicial.—9. Análisis institucional de la recusación judicial (s. XIII-XVIII): Concepto; b) Los elementos personales: 1) El recusante; 2) El órgano judicial recusado; c) Demanda; d) La expresión de la causa de recusación; e) Plazo de interposición; f) Efectos.—10. La recusación judicial en el tránsito al régimen jurídico del período constitucional.—11. La recusación judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855: tradición y proyección actual de su articulado.

INTRODUCCION

La recusación judicial como institución garantizadora de una imparcial administración de justicia es conocida de antiguo en la historia jurídica de los pueblos. Nuestra contribución a su conocimiento se circunscribe al análisis de su desarrollo y contenido en el ámbito jurídico peninsular, con especial referencia al Derecho castellano en el período de consolidación de los Derechos nacionales. En nuestro estudio, por otra parte, sólo se contempla la recusación en la jurisdicción ordinaria.

A falta de estudios monográficos previos, hemos pergeñado su evolución en base a las fuentes legales y doctrinales, en su caso, de cada período, procurando destacar sus líneas fundamentales. Ello justifica un período de síntesis como el romano-visigótico en el

que se contempla la institución desde el final de su recorrido, o como el constitucional donde se globalizan los datos en torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. En un momento determinado de su evolución apto para ello (siglos XIII-XVIII), hemos realizado un corte institucional para mostrar su contenido antes de proseguir su andadura hasta la legislación vigente. Con ello hemos procurado dar satisfacción a la doble exigencia metodológica tradicional de nuestra disciplina.

1. LA RECUSACION JUDICIAL EN EL DERECHO ROMANO-VISIGODO

La legislación visigoda en materia de recusación judicial parece afirmar con matices propios las líneas precedentes de la tradición romano-justiniana¹. Sin embargo, dada la peculiar combinación de elementos que se advierten en el precepto básico que regula la recusación judicial en la época visigoda², no es posible dilucidar

1. Así lo destaca K. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*, trad. esp. C. CLAVERIA. Barce'ona, 1944, p. 169, ofreciendo un erudito comentario al precepto que la recoge, pp. 163-173. Ver luego las correcciones que ofrecemos a su interpretación.

2. L. iud 2,1,24 (R. 2,1,22). Flavius Chindasvintus rex. Si cuiuscumque honoris aut ordinis iudex dicatur haberi suspectus.

Si quis iudicem aut comitem aut vicarium comitis seu thiuphadum suspectos habere se dixerit et ad suum ducem aditum accedendi poposcerit aut fortasse eundem ducem suspectum habere dixerit, non sub hac occasione petitor ac presertim pauper quilibet patiatul ultra dilatione. Sed ipsi, qui iudicant eius negotium, unde suspecti dicuntur haberi, cum episcopo civitatis ad liquidum discutiant adque pertractent et de quo iudicaverint pariter conscribant suscribantque iudicium. Et qui suspectum iudicem habere se dixerat, si contra eum deinceps fuerit querellatus, completis prius, que per iudicium statuta sunt, sirat sibi aput audientiam principis appellare iudicem esse permissum; ita ut, si iudex vel sacerdos repperti fuerint nequiter iudicasse, et res ablata querellanti restituatur ad integrum, et a quibus aliter, quam veritas habuit, iudicatum est aliut tantum de rebus propriis ei sit satisfactum. Si certe iniustam contra iudicem querellam detulerit et causam, de qua agitur, iuste iudicam fuisse constiterit, damnum, quod iudex sortire debuit, petitor sortiatur. Et si non habuerit, unde conpositionem exolvat, C f a-gellis extensus publice in eiusdem iudicis presentiam verberetur. Nam si forte quisquam pro utilitatem regiam aliquid scire se dixerit, aditus ei ad conspectum nostre glorie negari non poterit.

con total claridad si éste es resultado de una compleja actividad legal tendente a refundir y a armonizar en lo posible las líneas a veces divergentes del Derecho romano postclásico y justiniano o si lo que parece más probable es la simple constatación de una situación de hecho cristalizada legalmente en un momento determinado de su evolución.

Según la citada norma, si algún juez³ fuera declarado sospechoso por cualquiera de las partes litigantes —por su frecuencia la ley toma en consideración únicamente al demandado— éste viene obligado a juzgar el pleito con el obispo de la diócesis, debiendo suscribir el fallo en común. Además dispone un sistema de apelación al rey que no comporta la suspensión de la sentencia la cual adopta la forma de queja contra el parecer injusto del juez y del obispo, quedando a merced del rey la apreciación de su equidad. Si su parecer es confirmatorio de la sentencia emitida entonces se castiga al apelante con el duplo de la pena prevista, y no pudiendo satisfacerla es sustituida por la de azotes, recibiendo cien públicamente y en presencia del juez indebidamente declarado sospechoso. Si por el contrario se estima fundada, incurrían en el duplo de la pena prevista los mismos jueces.

La intervención episcopal en asuntos jurisdiccionales civiles no constituye ciertamente una novedad institucional. Ya Justiniano había prescrito una norma similar para este supuesto en cuya virtud el juez declarado sospechoso debía conocer el pleito junto

3 En el preámbulo de la ley se hace relación de instancias judiciales susceptibles de ser declaradas sospechosas por las partes litigantes: iudex, comes (c. civitatis), vicarius, thiufadus, dux, dejando claro que este último (dux provinciae) se halla por encima de los demás. En otros preceptos del Liber se destaca la superior categoría del dux que parece ejercer además funciones inspectoras sobre los demás jueces. 2,1,18,(16), y asimismo del comes frente al simple iudex o iudex loci, 2,1,19 y 6,5.12. Expresamente se señala en 2,1,29 al comes civitatis como instancia ordinaria en las apelaciones por queja de los jueces inferiores. Es por ello que puede pensarse que sólo en la recusación de las instancias superiores, dux o comes civitatis, interviniera el obispo, tal y como por otro lado parece deducirse de 2,1,24. Cfr. ZEUMER, *H.^a de la leg. vis.*, 164-165. P. MERÊA, *Sobre a organização judicial visigótica*, en *Estudios visigóticos*, Coimbra 1948, pp. 286 y ss. Del mismo, *Considerações acerca do "iudex" visigótico*, en sus *Estudos de História do Direito*, Coimbra 1923, pp. 151-161.

con el obispo⁴. Con ello se ponían las bases para una eficaz cooperación de la Iglesia con la sociedad civil en el orden judicial que no dejaría de potenciarse en el futuro al compás de unas circunstancias proclives a su desarrollo⁵.

A este precepto justiniano se llegaba tras siglos de lenta progresión de la jurisdicción episcopal que, limitada en un principio a los márgenes confesionales de la comunidad cristiana, se extendió más tarde a otras esferas impulsada por el reconocimiento oficial de su doctrina⁶. En este sentido, la «*episcopalis audientia*» se convirtió en una instancia paralela a la ordinaria de la jurisdicción civil, a la cual vino a orientar con su búsqueda de la verdad material por encima de las formalidades del proceso, su imparcialidad y su sencillez procesal⁷. Este espíritu que animaba la audiencia

4. Nov. 86,2 [a. 539]: "Si vero contigerit quendam nostrorum subiectorum in dubitatione habere iudicem, iubemus sanctissimum archiepiscopum audire cum clarissimo iudice, ut ambo aut per amicabilem conventum dissolvant quae dubia sunt, aut per adnotationem scriptis factam aut cognitionaliter iudicetur inter litigantes et forma detur institutae legibusque conveniens, ut non cogantur nostri subiecti propter huiusmodi causas recedere a propria patria".

5. J. V. SALAZAR ARIAS, *Dogmas y cánones de la Iglesia en el Derecho romano*. Madrid 1954, B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, vol. I y II, 1952; vol III, 1954. G. RICCABONO, *L'influsso del cristianesimo sul Diritto Romano* en Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano, II, 1935, pp. 59-78.

6. E. CHENON, *Les consequences juridiques de l'edit de Milan*, en NRHDFE, 38 (1914) 255-263.

7. En el Evangelio de S. Mateo (16,19; 18,16; 18,18) se contienen las reglas básicas del procedimiento eclesial cristiano para dirimir las diferencias entre sus fieles. La idea de la conciliación de las partes domina todo este procedimiento, que sólo en caso de no prosperar daba lugar a la intervención de testigos-árbitros, del obispo o del sínodo episcopal, según fuera la gravedad del asunto. La prohibición paulina de llevar las controversias cristianas ante los tribunales civiles potenció extraordinariamente esta jurisdicción. (S. Pablo, Epístola I ad Corinthios, 6; 1-6). Siglos más tarde estos principios procesales canónicos serían recogidos y formulados con toda claridad por la famosa Decretal "Saepe contingit" de Clemente V. Cfr. G. VISMARA, *Episcopalis audientia*, Milán 1937. H. JAEGER, *Justinien et l'episcopalis audientia*, en R[evue] H[istorique] de D[roit] F[rancés] et E[trangère], IV, 38 (1960), 235 ss. W. SELB, *Episcopalis audientia*, en Z[eitschrift] S[avigni] S[tiftung] R. A., 84 (1967) 205 ss. A. CHECCHINI, *Studi sull'ordinamento*

episcopal, fue expresamente reconocido por Justiniano al convertir al obispo en la instancia procesal ordinaria a quien debían acudir las partes litigantes que recelaban la parcialidad del juez civil y al convertirle asimismo por vez primera en *coniudex* legal del *iudex suspectus*⁸. Con anterioridad a esta novela del 539 eran árbitros elegidos por las partes quienes supervisaban la posible parcialidad del juez⁹. Aun con esta diferencia, el sistema de recusación judicial es bastante homogéneo en la época justiniana.

De *apertissimi iuris* califica el emperador Justiniano la recusación judicial y por ello, aunque el juez fuese delegado *ex imperiali numine*, admite su recusación¹⁰. Para llevarla a cabo es necesario presentar el escrito de recusación antes de ser contestada la demanda, pues, y en esto difiere totalmente de la legislación visigótica, una vez contestada no se puede apelar antes de conocerse la sentencia definitiva ni puede recusarse al juez, todo ello con el fin de evitar que los pleitos se prolonguen indefinidamente («ne lites in infinitum extendantur»). Cumplidos estos requisitos se obliga a las partes litigantes por el juez ordinario a designar árbitros y exponer ante ellos sus pretensiones como si hubieran sido delegados por la alteza imperial.

Sistema no muy diferente del establecido en el procedimiento formulario o en el precedente de las «legis acciones» que daba lugar a una propuesta del juez o árbitro realizada por el actor y aceptada por el demandado¹¹. Aunque se desconoce el poder recusatorio de éste último es muy probable que el magistrado en un momento dado lo limitase al decidir la designación del juez por sorteo («sortitio iudicis») entre aquellos que componían el elenco, cada vez más elevado, de jueces («album indicum»). De todas formas, un límite seguro a este poder lo constituye esta misma lista oficial de jueces que el magistrado proponía en su *album*¹².

processuale romano, en *Scritti giuridici e Storico-giuridici*, Padua 1958, pp. 107-135.

8 G. MASI, *L'udienza vescovi'e nelle cause laiche da Costantino ai franchi*, en *A[rchivio] G[iuridico] II*, 139 pp. 87-191.

9. *Cod. iust.* 3,1,12, 1; *Nov.* 53, c. 3. 4.

10. *C. Iust.* 3,1,16 (Justiniano, a. 531).

11. V. SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, trad. esp. de Sentis Melendo y M. Ayerra Redin, Buenos Aires, 1954, pp. 123, 388. V. ALVAREZ, *Curso de Derecho romano*, Madrid, 1955, n. 265.

12. V. PUGLIESE, *Il proceso civile romano*, Milán 1963, II, pp. 237-238.

Un supuesto particular contempla otra constitución justiniana del mismo año que la anterior, 531¹³. Nombrado un juez especial para una provincia por la «augusta fortuna» o la «alteza imperial», si resultase ser sospechoso a una de las partes litigantes, puede el que le recusa, si el juez está ausente o reside en una ciudad distinta a la suya, presentar el escrito de recusación ante el gobernador provincial o en su defecto ante el defensor de la ciudad o ante los duumviros con el fin de evitar las dificultades que esta situación comporta. Una vez hecho esto viene obligado a elegir con su oponente, en el plazo máximo de tres días, al árbitro o árbitros ante los cuales litigarán. Si no se llegara a un acuerdo será el «prae-ses provinciae» o en su ausencia el defensor de la localidad o los magistrados municipales quienes diriman la cuestión de su nombramiento.

En el mismo Código se recoge un extracto de las Basílicas (a. 527)¹⁴ que en parte plantea un sistema de recusación diferente al generalizado más tarde por nuevas constituciones justinianas. A diferencia de éstas exige con toda claridad la expresión de una justa causa de sospecha para poder recusar al juez («si sine causa recusavit, repellitur»), causa que deberá ser alegada antes de la contestación de la demanda. Luego, invocando al emperador, recibirá otro juez o alguien que juzgue con el recusado («collega iudicis») función que desempeñará a partir del 539 el obispo como «coniudex» legal del juez sospechoso¹⁵.

La presencia del obispo actuando como garante de una recta administración de justicia constituye el punto de unión más sobresaliente entre la legislación justiniana y la tardía visigoda¹⁶. Por

13. Cod. iust. 3,1,18.

14. Cod. iust. 3,1,12; Cfr. Novela 53, c. 3. 4; 86,3.

15. Nov. 86, 2. 3.

16. ZEUMER rechaza la posibilidad de que Chindasvinto hubiese legalizado de manera independiente una institución hallada en la práctica, cual era la queja a' obispo contra la actuación de los jueces laicos ordinarios y aun la demanda de su intercesión cuando éstos eran sospechosos de parcialidad, que reconoce sin embargo a Justiniano. En este sentido es preciso recordar que la presencia oficial del obispo como coniudex legal del "iudex suspectus" ocurre en el año 539 (Nov. 86,3) tras la aparición de distintas normas dirigidas a regular la recusación judicial (C. 3,1,12, 1 (527); C. 7,54,16 (530); C. 3,1,16 (531); Nov. 53,3 (537), lo

lo demás, es bien distinta la concepción que sobre la «suspectio iudicis» mantienen una y otra.

Difieren en primer lugar en cuanto al momento procesal de su declaración que si en el Derecho justiniano es «ante litis contestatione»¹⁷ en la legislación visigoda puede presentarse en cualquier momento del proceso, incluso una vez pronunciada la sentencia, con lo que se abre la posibilidad de apelar por sospecha contra el juez («apelatio a iudice suspecto») desconocida igualmente para aquél¹⁸.

Esta facultad era admitida, sin embargo, por el Derecho bajo imperial romano recogido en la compilación teodosiana¹⁹ y la No-

cual parece suponer una búsqueda de soluciones que sólo finalmente por la fuerza de las circunstancias vino a recaer en la figura del obispo. Dadas las diferencias existentes entre ambas regulaciones y la influencia adquirida por los obispos en la sociedad hispanovisigoda es preferible partir de una mutua independencia que daría paso a una fórmula legal aparentemente común en la medida que la legislación visigoda al igual que antes la justiniana, reconoció la acción popular del obispo en el campo de la administración de justicia, reconocimiento que pudo facilitar el ejemplo romano-justiniano. Ver ZEUMER, *H.^a de la leg. visig.*, 171-173; G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Función de inspección y vigilancia del episcopado sobre las autoridades seculares en el período visigodo-católico*, en *Rev. esp. de Derecho Canónico* 15, (1960) 579-589. Este autor recuerda el documento titulado "De fisco Barcinonensi" de la época de Recaredo, en el que se fija la cuota tributaria a abonar por los súbditos realizada por los obispos en base a la costumbre: "... a nobis sicut consuetudo est, consensum ex territoriis, quae nolus administrare consueverunt postulatis", costumbre que tal vez se dejase sentir en otros aspectos como los administrativos y judiciales de indudable intervención episcopal. Cfr. *ibidem*, pp. 583-84.

17. C. 3,1,12, 1. En 530 Justiniano debe destruir la falsa suposición de que la recusatio del juez sospechoso estuviera prohibida antes de la "litis contestatio". C. 7,54,16. En 531 y en 537 vuelve a recordar su propia ley según la cual la recusación debe efectuarse antes de la contestación de la demanda. C. 3,1,16; Nov. 53,3.

18. ZEUMER, *H.^a de la leg. visig.*, 172.

19. C. Th. 11,30,58: *Imp. Arcad(ius) et Honor(ius) A A Theodoro Praefecto Praetorio (a. 399): ... Si quis provocatione interposita suspecti iudicis velit vitare sententiam, in hac voce liberam habeat potestatem nec timeat contumeliam iudiciarum, cum et ab ipsa iniuria possit facile provocare maxime cum a solis tantum praefectis non sine dispen-*

vela de Valentiniano III²⁰, fue después incorporada a la «Lex Romana Wisigothorum (como Nov. Val. 12)²¹ de donde cree Zeumer la tomaría Chindasvinto al regular de nuevo esta institución²².

Difieren asimismo en el planteamiento básico de la recusación que debe amoldarse a la organización judicial peculiar del sistema jurídico respectivo. Así en la legislación justiniana se distingue entre la recusación del juez delegado o «datus», que provoca la elección por las partes de árbitros sustitutos²³, y la del Juez o magistrado ordinario que debe fundarse en justa causa correspondiendo al «princeps» su sustitución por otro nuevo,²⁴ o, como se decretó más tarde, la asignación de un «coniudex» legal²⁵ que en la Novela del 539 es ya el obispo. En la legislación visigoda del siglo VII este esquema se ha simplificado disponiendo un mismo régimen de recusación para los que tienen potestad de juzgar.

Una antigua tradición eclesiástica otorgaba a los obispos el papel de defensores de la comunidad frente a los prepotentes de la misma «iudices aut potentes»²⁶. Por otro lado, aún antes de

dio causae provocare permissum sit. Sciant igitur euncti sibi ab iniuriis et suspectis iudicibus ... provocationem esse concessam”.

20. Nov. Valentiniano III, 35, Haenel, 34 c. 16 (a. 452): “Si quis a suspecto iudice ... vocem appellationis emisit”, etc.

21. Brev. XII. Interpretatio. Si quis iudicem pro quibuscunque causis adversum sibi senserit, aut habuerit fortasse suspectum, vocem appellationis exhibet, ut quum e successum fuerit, integro negotio apud alium iudicem amotis dilationibus possit audiri”.

22. *H.^a de la legis. visigoda*, p. 172.

23. C. 3,1,16,18 (Justiniano, a. 531).

24. C. 3,1,12,1 (a. 527).

25. C. 3,1,14,1 (Justiniano a. 530); Nov. 53, C. 3.

26. ZEUMER, *H.^a de la leg. visigoda*, pp. 165-167. Los obispos eran nombrados por el canon 11 del I Concilio de Toledo; C. 18 del III Conc. de Toledo (589); Canon 32 del Concilio IV de Toledo (633) e igualmente en Canon 23 del Conc. Turon. II, para ejercer el control de los “iudices ac potentes, pauperum oppressores”. La ley de Ervigio (Lib. iud. 2,1,28) —De data episcopis potestate admonendi iudices nequiter iudicantes —dice en este sentido expresamente: Sacerdotes Dei quibus— pro remediis oppressorum vel pauperum divinitus cura commissa est, Deo mediante testamur, ut iudices perversis iudiciis populos opprimentes paterna pietate commoneant, quo male iudicata meliori debeant emendari sententia”. Sobre el concepto de pobre en oposición al de “potente” ver

Chindasvinto los obispos constituían la autoridad inspectora de los funcionarios laicos en el reino visigodo²⁷. Ello permitiría a este rey y a sus sucesores ampliar la esfera de competencias civiles atribuidas a los mismos por la legislación justiniana asignándoles nuevas tareas al margen de la indicada sobre la recusación judicial²⁸.

2. OBSCURECIMIENTO DE LA INSTITUCION EN EL PERIODO ALTOMEDIEVAL

La caída de la monarquía visigoda supuso la crisis de la organización judicial y del procedimiento oficialmente vigente hasta entonces. La pervivencia ulterior del «Liber iudiciorum» como ley general en determinados núcleos cristianos y reconquistadores²⁹ no

ZEUMER, *ibidem*, p. 166, cfr. un más amplio comentario de esta tradición conciliar en MARTÍNEZ DÍEZ, *Función de inspección y vigilancia del episcopado*, ob. cit.

27. Zeumer cree advertir una influencia franca en este hecho (ob. cit., p. 173). Sin embargo, la línea histórica de esta autoridad episcopal sobre los funcionarios laicos en la Península parece difícil de admitir que provenga del Concilio de Tours (567) C. 27 (MG. Conc. Mer. p. 135) o de la Praeceptio Chlotharii (MG. cap. 1. p. 19) que lo recoge, máxime contando con la propia tradición española que la indicaba (I Concilio de Toledo c.11; cfr. la alusión a la costumbre en doc. "De fisco Barcinonensi" cit. en nota 16). Ver asimismo R. GENESTAL, *Les origines du Droit ec'esiastique france* en N R H D F E, 38 (1914) 524-551.

28. Así en cuestiones testamentarias (Lib. iud. 2,5,11. 12-14 (Recesvinto), en la aplicación de la legislación antijudaica (Lib. iud. 12,3,23 (Ervigio) e incluso intervención en la búsqueda de siervos fugitivos y en el castigo de sus encubridores (Lib. iud. 9,1,21 (Egica), cfr. ZEUMER, *H.ª de la leg. visigoda*, p. 173; MARTÍNEZ DÍEZ, *Función de inspección y vigilancia del episcopado*, pp. 587-89.

29. La vigencia del Liber iudiciorum en la Alta Edad Media señalada tradicionalmente y de nuevo revalorizada en nuestros días, concita una serie de cuestiones fundamentales en torno al Derecho español altomedieval y a sus relaciones con el de la época precedente que siguen atrayendo la atención de la doctrina. Ver un análisis crítico de las diferentes teorías en A. GARCÍA-GALLO, *Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigoda*, en AHDE, 44 (1974), 343-464; en esp. 409-423; 458-459; cfr. M. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex Wisigothorum y sus manuscritos. Un ensayo de reinterpretación*, en AHDE, 46 (1976) 191 s.; A. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del Derecho en Cataluña*, en AHDE, 47 (1977), 99-423.

impidió la regresión a estadios jurídicos primarios fundamentalmente en aquellas esferas que como la penal y la procesal más se hallaban vinculadas al poder político³⁰. En este sentido las fuentes altomedievales, en especial la diplomática referida al orden judicial, nos muestra en ciertas áreas un panorama distinto al delineado por la legislación real visigoda³¹. La sustitución del órgano judicial

30. A. OTERO VARELA, *El Códice López Ferreiro del Liber iudiciorum. Notas sobre la aplicación del Liber iudiciorum y el carácter de los fueros municipales*, en AHDE, 29 (1959), 557-573. Este aspecto fue destacado en su día por E. DE HINOJOSA en apoyo de su conocida tesis sobre *El Elemento Germánico en el Derecho español*, en *Obras*, II. Madrid 1955, 409 ss.

31. La escasez de diplomas de contenido procesal en los primeros siglos de la Edad Media no impide una cierta aproximación al orden judicial y al procedimiento entonces vigente. Debemos al P. G. Martínez Díez un ensayo de reconstrucción del mismo en el área noroccidental en base a la obra de P. FLORIANO, *Diplomática española del período astur (718-910)*, Oviedo, 1949-1951, 2 vols. Sólo ocho de los ciento cuarenta diplomas que admite como auténticos hacen referencia al orden judicial y de ellos sólo uno (6-VI-878) informa del desarrollo del proceso. Todos estos diplomas están datados del siglo IX y tienen un mismo carácter patrimonial. Ver *Las instituciones del reino astur a través de los diplomas*, en AHDE, 35 (1965) 59-167. Una gran semejanza con los datos así reunidos ofrece la obra de E. GARCÍA DE DIEGO, *Historia judicial de Aragón en los siglos VIII al XII*, en AHDE, 11 (1934) 75-210, aunque su mayor arco temporal le permite la utilización de fuentes más expresivas como fueros y privilegios locales. Una visión general de este procedimiento y orden judicial primario en J. LÓPEZ ORTIZ, *El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la Recepción romano-canónica*, en AHDE, 14 (1943) 184-226.

Por lo que se refiere al área catalana la vigencia efectiva del Liber iudiciorum se traduce en un orden procesal básicamente similar al previsto por el código visigótico al margen de alguna influencia franca y de ciertos atisbos de un procedimiento autóctono desarrollado consuetudinariamente. Ver una detenida constatación de estos aspectos en el excelente trabajo de A. IGLESIA, *La creación del Derecho en Cataluña*, ob. cit., pp. 166-213. Una descripción más general de la administración de justicia en Cataluña en J. BALARI JOVANY, *Orígenes históricos de Cataluña*, 2.^a ed., Abadía de San Cugat de Vallés 1964, 391-422; P. BONNASSIE, *La Catalogne du milieu du X a la fin du XI siècle. Croissance et mutation d'une société*, I (Toulouse 1975) II (Toulouse 1976); I, 183 ss. Cfr. para León el estudio procesal de J. PUYOL, *Orígenes del reino de León y de sus instituciones políticas*. Madrid 1926 (reed. anast. 1979), 275-322; 385-416.

unipersonal por la asamblea judicial, popular o cortesana; la extrema simplificación del procedimiento; el frecuente recurso a la autotutela como medio de realización fáctica del propio derecho constituyen otros tantos exponentes de este cambio operado en el campo procesal³², cuya entidad sólo de forma algo borrosa es posible entrever en las fuentes de la época.

Una de las razones más evidentes para comprender el obscurecimiento que padece en este período la recusación judicial viene dada por el carácter colectivo que adopta la administración de justicia³³. Ni el rey, ni el conde o el obispo, por citar los casos más representativos, juzgan solos por esta época. Las fuentes nos los presentan al frente de un tribunal compuesto de un número variable de personas³⁴, al margen de aquellos casos en que junto a la autoridad principal se produce la actuación de «aliorum multorum iudicium» sugiriéndonos la composición de un tribunal comunal o abierto. El nombramiento de estos jueces se hacía por aquellas personas

32. A. GARCÍA GALLO, *Jueces populares y jueces técnicos en la Historia del Derecho español*, en *La Justicia municipal en sus aspectos histórico y científico*. Madrid 1946, pp. 57-71; 63-67.

33. Ver J. LÓPEZ ORTIZ, *El proceso*, ob. cit., 189-192; MARTÍNEZ DÍEZ, *Instituciones del reino astur*, 156-160; GARCÍA DIEGO, *Historia judicial*, 114-115. Ver una descripción animada de un juicio celebrado en la corte del rey Ramiro, en las estampas leonesas de C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Una ciudad de la España cristiana hace mil años*, Madrid 1978, pp. 70-85.

Allí donde la organización procesal respeta mayormente la tradición visigótica como ocurre en Cataluña se descubre alguna huella de la antigua recusación si bien referida en el testimonio que nos ocupa —la magna altercatio cause, entre Mir Geribert y Guitart, abad de San Cugat de Vallés (a. 1032)— no a un juez sino a testigos: “Iudex quoque ipse, sicut lex iubet, patienter audivit quod idem Miro unicuique ipsorum testium obiitabat”. Ver el desarrollo del litigio en BALARI, *Orígenes históricos de Cataluña*, pp. 407-415.

34. De cuatro a seis en los diplomas asturianos del siglo IX (MARTÍNEZ DÍEZ, ob. cit., 156-160); hasta nueve en la documentación heterogénea recogida por GARCÍA DE DIEGO (ob. cit., p. 119). En los territorios catalanes donde mayor resulta la aplicación del antiguo orden procesal visigótico “los jueces no son especialmente designados y actúan directa y arbitrariamente en el proceso”, LÓPEZ ORTIZ, ob. cit., p. 221. El mismo autor cita allí algunos datos que atenúan esta fidelidad del proceso visigótico. Ver recientemente en A. IGLESIA, *La creación del Derecho en Cataluña*, una notable exposición del tema, pp. 169-174.

dotadas de poder judicial³⁵, en un principio para un caso concreto aunque con cierta frecuencia las mismas partes litigantes elegían sus árbitros, conforme a la tradición legal visigótica³⁶.

Por otro lado la intervención de estos jueces en el desarrollo del procedimiento era mínima, limitada a la verificación de la prueba o a declarar la ley o costumbre aplicable al caso, de modo que poco podía importar su inclinación por uno u otro de los contendientes. El reconocimiento por la parte vencida de la pretensión que salía triunfante de la prueba o declaración («agnosco me in veritate») constituye en realidad la medida de la participación de los litigantes en el desarrollo del proceso, tan elevada que relegaba a un segundo plano la intervención de los jueces³⁷.

35. Un diploma asturiano del 6-VI-878 enumera de forma abierta las personas que tienen potestad judicial en esta sociedad aparte del rey: "Notum vobis facimus omnibus episcopis, abbatis, comitibus imperantibus vel cunctis qui potestatem habetis iudicia discutere". Ver MARTÍNEZ DÍEZ, *ob. cit.*, p. 156. El diploma lo comentó en su día J. PUYOL, *Orígenes del Reino de León*, *ob. cit.*, pp. 276-277.

36. L. iud. 2,1,27 (25) Flavius gloriosus Reccessvindus rex. Quod omnis, que potestatem accipit iudicandi, iudicis nomine censeatur ex lege.—Quoniam negotiorum remedia multimode diversitatis compendio gaudent, adeo dux, comes, vicarius, pacis adsertor, thiuphadus, millenarius, quingentenarius, centenarius, defensor, numerarius, vel qui ex regia iussione aut etiam ex consensu partium iudices in negotiis eliguntur, sive cuiuscumque ordinis omnino persona, cui debite iudicare conceditur, ita omnes, in quantum iudicandi potestatem acceperint, iudicis nomine censeatur ex lege; ut, sicut iudicci acceperint iura, ita et legum sustineant sive commoda, sive damna. J. PUYOL, *Orígenes del reino de León*, *ob. cit.*, p. 303, llama la atención sobre el número tan elevado de pleitos fallados por tribunales arbitrales "hasta el punto de que algunas veces llegase a sospechar que la administración de justicia por los jueces del rey quedaba reducida al orden penal y que en los asuntos civiles entendían de ordinario los jueces designados por las partes". Cfr. GARCÍA DE DIEGO, *H.^o judicial Aragón*, pp. 99 y 116; LÓPEZ ORTIZ, *El proceso*, pp. 211-212. BALARI, *Orígenes históricos de Cataluña* (p. 406), distingue con claridad entre el juicio ordinario que se tramitaba según la ley goda, el laudamento o arbitraje (non iudicio sed laudamento) y los llamados juicios de Dios, a quienes se acudía cuando faltaban las pruebas ordinarias.

37. GARCÍA DE DIEGO, *H.^o jud. de Aragón*, 100 ss. Entre las notas más sobresalientes del procedimiento altomedieval señalaba este autor la contienda judicial, la oralidad y publicidad, el simbolismo, la pro-

Por lo que se refiere al obispo³⁸ los diplomas de la época nos lo muestran como administrador del patrimonio eclesiástico y como juez encardinado en la organización judicial común³⁹. Esta función judicial puede ser una mera derivación de la antigua potestad atribuida por los reyes visigodos en materia civil acrecentada por la

bilidad de las declaraciones, la actividad de las partes y la pasividad del juez, tendencia al concierto de las partes (manifestatio), indiferenciación del proceso civil y penal, etc. Cfr. LÓPEZ ORTIZ, *El proceso*, 192-221; MARTÍNEZ DíEZ, *Instituciones del reino astur*, 160-166; GARCÍA GALLO, *Jueces populares*, 63-67. Para el área catalana ver BALARI, *Orígenes hist. de Cat.*, 391-422. BONNASSIE, *La Catalogne*, I, 183 ss.

38. La organización episcopal sufrió las consecuencias derivadas de la nueva situación política. Por lo que se refiere al área occidental, tras las campañas devastadoras de Alfonso I, que llevó la ruina a diecisiete sedes episcopales, hubo de procederse a una amplia reorganización limitada en principio a los avances de la reconquista. Aunque se desconoce en detalle cómo se operó esta reorganización parece que se ajustó al deseo de restaurar la sede episcopal en aquellos lugares que previamente la habían poseído en la época visigoda. Hacia el 881 poseemos gracias a la noticia de la Crónica Albendense un cuadro completo de la jerarquía reorganizada. A los seis obispados restaurados en Galicia: Iria, Lugo-Braga, Orense, Astorga, Dumio (trasladada a Mondoñedo) y Oporto, se le han añadido dos más: Oviedo y León. Otros cuatro obispados completaban el mapa eclesiástico del reino astur: Lamego, Coimbra, en la provincia emeritense, Osma y Velegía, como residencia esta última del obispo alavés. Ver G. MARTÍNEZ DíEZ, *Instituciones del reino astur*, pp. 93-98.

39. "Los diplomas astures no atestiguan tampoco la existencia de una jurisdicción externa propiamente eclesiástica", G. MARTÍNEZ DíEZ, *ibidem*, 157. Por su parte, J. MALDONADO, al estudiar *Las relaciones entre el Derecho canónico y el secular en los concilios españoles del siglo XI* (en AHDE, 14, 1942-1943, 227-381; en esp. 367-371), analiza la doctrina de la inmunidad eclesiástica; la existencia de una jurisdicción propia independiente de la secular. Prescindiendo de testimonios más antiguos (C. Theo. lib. XXIII; Concilio de Calcedonia (c.9); Concilio III de Toledo (c.3); II de Sevilla y IV de Toledo (c.3,30,31,32), sitúa el origen de la doctrina sobre la inmunidad eclesiástica en los Concilios de Coyanza de 1055 (tit.3) y de Jaca de 1063, aparte de las concesiones de inmunidad otorgadas a iglesias o monasterios no por el rey o príncipe soberano, sino por un conventus episcoporum, como la de Ripoll de 1032 o la de Villabertian de 1100, cuya naturaleza parece ser de tipo señorial no eclesiástico, Cfr. A. GARCÍA GALLO, *El Concilio de Coyanza. Contribución al estudio del Derecho canónico español en la Alta Edad Media*, en AHDE, 20 (1950), 275-633.

que de forma espontánea le atribuyera el pueblo o la realeza por mero reconocimiento de su autoridad moral⁴⁰, al margen de la que pudiera corresponderle como detentador de un señorío jurisdiccional. De todas formas su anterior función tutelar sobre la administración de justicia civil no volverá a reaparecer configurada institucionalmente en nuestras fuentes histórico-jurídicas, a pesar de la habitual presencia eclesiástica en instituciones civiles como el Consejo Real o las Audiencias de posterior desarrollo⁴¹.

3. PRIMEROS ATISBOS DE RESURGIMIENTO EN LAS REDACCIONES AMPLIAS DE DERECHO LOCAL

La función judicial experimenta una evolución hacia fórmulas estables desde fines del siglo X. A la antigua designación circunstancial de jueces («datio iudicis») por el rey, obispo o asamblea, sucede una paulatina fijación al cargo que proviene de un lado, de la reabsorción por el rey de sus facultades jurisdiccionales con el consiguiente nombramiento de jueces reales («iudices regis») ⁴² y

40. "En su actuación judicial (el obispo) no parece rebasar el carácter de ciudadano que por su prestigio y posición social es llamado frecuentemente a formar parte del tribunal al que se encomienda por el rey o el conde el fallo de un litigio o a quien acuden espontáneamente los litigantes", MARTÍNEZ DÍEZ, *Instituciones del reino astur*, p. 98, cfr. 99-100.

41. Con notable comprensión histórica escribía el Conde de la Cañada (*Instituciones prácticas de los juicios civiles*, 2.^a ed., Madrid 1794, t. 1, número 20-22, pp. 543-544): "En lo antiguo mereció con los christianos grande concepto la autoridad del Obispo para juzgar sus causas en forma de árbitro, reduciéndolos a la paz sin estrépito ni figura de juicio; y con este importante fin ponían en sus manos con mucha frecuencia todos sus derechos. Los Emperadores y Reyes veían el fruto que producían estas convenciones en lo espiritual y temporal y las protegían elevando las determinaciones de los Obispos al grado más sublime de cosa juzgada, sin permitir su reclamación... 22. La experiencia haría conocer que ocupándose principalmente los Obispos en los ministerios espirituales de su cargo, no podrían atender a la ordenación y decisión de las cosas temporales, dilatándose necesariamente con daño de las partes y del público; y estas consideraciones obligarían a relevarles de esta penosa ocupación, confiándola a otras personas de integridad y buen seso..."

42. GARCÍA GALLO, *Jueces populares*, pp. 66-67. Cfr. LÓPEZ ORTIZ, *El proceso*, pp. 190-192.

de otro, por la crisis de la asamblea popular («Mallum, Concilium, Placitum», Junta) cada vez más dispuesta a traspasar sus funciones judiciales en hombres buenos («probi homines») de la localidad⁴³.

Ahora bien, coincidiendo con la aparición del municipio, se va a desarrollar una tendencia a la autonomía judicial en el ámbito local, con la consiguiente creación de una jurisdicción propia llamada a tener un considerable desarrollo procesal y orgánico en los fueros municipales. Es precisamente en las redacciones o refundiciones amplias de Derecho local donde hallamos los primeros atisbos de ciertas garantías procesales reconducibles en cierta manera al tema que nos ocupa⁴⁴, aunque es preciso advertir de antemano que en el amplio mundo de los fueros municipales no se encuentra referencia directa alguna a la recusación judicial.

Es el caso de la imparcialidad exigida al juez y restantes oficiales del concejo que, en la fórmula de juramento previa a la disposición del cargo, en los textos de la familia Cuenca-Teruel, recoge expresiones frecuentes más tarde en las causas de recusación: «electione igitur facta et de omni populo confirmata, iudex et notarius, alcaldes, et almutaçaph, et etiam sagio, jurent in concilio super Crucem et IIIj Euvangelia quod timore persone, vel verecundia, vel amore parentum sive amicorum, vel vicinorum seu extraneorum, nec precio, forum non violent, vel viam iusticie non permittant»⁴⁵.

43. M.^a C. CARLÉ, *Boni homines y hombres buenos*, en C[uadernos] de H[istoria] de E[spaña], CHE, 39-40 (1964), 135-168, en esp. 152-162.

44. En el ambiente jurídico primario que recogen los llamados “fueros breves” y aún en las tardías colecciones consuetudinarias de Castilla la Vieja, no hallamos nada de interés sobre el tema en los preceptos referidos a la organización judicial y al procedimiento. Un ejemplo lo proporcionan los fueros de Sahagún de 1085, 1152 y 1255. Sólo en este último acorde con el desarrollo alcanzado por la vida municipal se dispone en su cap. 11 que sean dos alcaldes, nombrados por el abad, los que juzguen los pleitos. “Mientras usaren bien de su oficio “finquen en ello, e si lo mal usaren pueda es el abad toller et quando los tolliere tuelgados por Concejo pregonado e ponga otros en la guisa que sobre dicho es (= que sean omnes buenos e con algo”), et el que se agraviare del iuicio de los alcaldes alzese al abad o al que fuere en su logar e dalli al rev”. Ver A. M.^a BARRERO GARCÍA, *Los fueros de Sahagún*, en AHDE, 42 (1972), 385-597 y Apéndice XVIII, p. 593.

45. Fuero lat. de Teruel (ed. J. Caruana, Teruel 1974) 62. En su versión romance (ed. M. Gorosh, Estocolmo 1950) 64, la frase que se

Las fuertes penas que afirmaban la eficacia del juramento —pérdida del oficio concejil, encartación o proscripción, de modo que nunca fuera hábil para testificar, y satisfacción del duplo del daño ocasionado por su acción— eran garantía de su cumplimiento. Escuetamente lo indican todos los fueros de esta familia: «Item sciendum est quod si forte iudex vel alcaldus post sacramentum de mendacio aut de falsitate probatus fuerit, perdat officium seu portellum concilii et insuper encartetur ne amplius in testimonio recipiatur, et quodcumque dampnum illa occasione venerit pectet dupplatum»⁴⁶.

emplea en el juramento es que “yo non quebrante el fuero nin lexe la carrera derecha” por los motivos arriba citados. Con ligeras variantes esta es la fórmula de juramento que se repite en todos los fueros de la extensa familia, aunque en ocasiones el mismo se halla referido exclusivamente al juez. Ver F. CONCHE (Ed. R. de Ureña, Madrid 1935) 426; Cód. Val. 427, 3. F. de Alcaraz y Alarcón (ed. J. Roudil, París 1968) VI, 9; 367. F. de Baeza (ed. J. Roudil, 1962) 403. F. de Béjar (ed. J. Gutiérrez Cuadrado, Sa amanca 1975) 505. Ms. 8331 (ed. J. Roudil, Vox Románica, t. 22, 1963, núm. 1, pp. 127-174 y núm. 2, pp. 219-380) 383. F. de Zorita (ed. R. de Ureña, Madrid 1911) 333. F. de Ubeda (ed. J. Gutiérrez Cuadrado, Valencia 1979) tít. 34. F. de Sepúlveda (ed. E. Sáez, Segovia 1953) 178.

No todos los fueros recogen en su articulado una fórmula similar de juramento y algunos incluso ni aluden a ello. Es el caso de los fueros de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes (ed. A. Castro y F. de Onís, Madrid 1916), de los cua es unos, Zamora y Salamanca, ni la citan ni la mentan implícitamente y otros, Ledesma, 49 y Alba de Tormes 71, aluden indirectamente al juramento prestado por los oficiales del concejo.

En el área catalana, por otra parte, el requisito de jurar el cargo como condición previa a desempeño del mismo, apenas si falta en privilegio alguno de organización municipal como señala el prof. FONT RÍUS (*Orígenes del régimen municipal de Cataluña*, AHDE, XVI [1945], 389-529; XVII [1946] 229-585; en concreto XVII, p. 509), transcribiéndose en ocasiones la fórmula exacta que debía emplearse, v. gr., el Privilegio de Jaime I a la ciudad de Barcelona reorganizando su régimen municipal de 27 de julio de 1249 (*ibidem*, pp. 563-565).

46. Fuero latino de Teruel, 63; versión romance, 64; F. Conche, 433; Cód. Val. tít. 6, 4; F. Alarcón, 369; F. Alcaraz, VI, 11; F. Béjar, 509; F. Baeza, 405; F. Ubeda, tít. 34, 3; Ms. 8331, 365; F. Zorita, 335; F. Sepúlveda, 179. Estas mismas penas castigaban al juez o alcalde que “veritatem occultaverit, aut mendacium firmaverit, aut aliud testibus interrogaverit nisi hoc quod iudicaverit, aut infidelis concilio fuerit, seu

Otros preceptos en los fueros municipales aseguraban la correcta administración de justicia a todos los habitantes del concejo con independencia de su condición social («pauperibus et divitibus nobilibus et ignobilibus»), quedando en última instancia la posibilidad de apelar al rey por este motivo, que daría lugar en su caso a una sanción de cien maravedís al juez incumplidor⁴⁷.

En los fueros del área de la Extremadura leonesa hallamos asimismo algunos preceptos que castigan la «mal querencia» de los alcaldes⁴⁸ e inversamente la «mal querencia» a los alcaldes⁴⁹. Para evitar parcialidades se les exige no hacer amistad⁵⁰, ni juramento con hombres del concejo bajo pena de alevosía o perjurio. El simple denuesto al alcalde diciéndole «mentira julgaste» era asimismo castigado en los distintos fueros municipales⁵¹.

judicium carte despexerit, aut ne legatur prohibuerit minando notarium vel eum verbis exasperando". F. lat. de Teruel, 63; versión romance, 65; F. de Cuenca, 433; F. de Sepúlveda, 180; F. de Béjar, 510.

En el área altoaragonesa la versión extensa del Fuero de Jaca (ed. crítica por M. Molho, Zaragoza 1964) redacción E, 310, 311 disponen la Ley del Talión para el daño judicial causado alevosamente.

47. F. lat. de Teruel, 64; versión romance, 65; F. de Cuenca, 434; Cod. Val. VI, 5; F. Zorita, 336; F. Béjar, 511; F. Baeza, 406; F. Ubeda, 34, K.; F. Alarcón, 370 "assi a los pobres commo a los ricos, assi a los altos commo a los baxos"; F. Alcaraz, VI, 12: "a los pobres e a los ricos, a los cavalleros e a los lauradores"; F. Sepúlveda, 181.

48. F. de Ledesma, 287: "Juiz en conceyo iure, asi como a'calde, por carte e por liure, que non tenga tuerto a vizinno de Ledesma nen de su termino, e tenga paridade de alcalde a su saber e a su poder, e demande derechura de palacio e partalgo e quintos hulos deve ademandar". Cfr. 286.

49. F. de Salamanca, cap. 166. (De mal querencia a los alcaldes). "Qui demostrar mal querencia a los alcaldes de conceyo o a omes que tienen partiello de conceyo, peche X maravedis e de segurancia bona et sa'va; e sila non dier peche cada diomingo X maravedis". El F. de Ledesma, cap. 107, altera esta cantidad "peche C maravedis e de segurancia por nuestro fuero". Cfr. cap. 112.

50. F. de Coria (ed. E. Sáez, Madrid, 1949), 188; F. de Cáceres (ed. P. Lumbreras, Cáceres 1974) 193 (194); F. de Usagre (ed. R. Ureña y A. Bonilla, Madrid 1907) 197; Costumes e foros de Castel-Rodrigo (Portugaliae Monumenta Historica, Leges et Consuetudines, vol. I Lisboa 1856, pp. 849-896) II, 50; Costumes e foros de Castello-Melhor (ibidem, 897-939) 68; Costumes e foros de Castello-Bom (ibidem, pp. 745-790) 193.

51. F. de Coria, 185. "Qui dixier a alcalde "mentira julgaste". "Qui dixier a alcalde de hermandad "mentira julgaste o tuerto" o "men-

4. DEFINITIVA SEPARACION DE COMPETENCIAS, ECLESIASTICA Y CIVIL, EN MATERIA DE RECUSACION JUDICIAL

En esta evolución que experimenta la administración de justicia en el tránsito hacia el bajo Medievo, la Iglesia conservó su antigua tradición tutelar sobre la autoridad civil manifestada en las recomendaciones de rectitud hechas por algunos Concilios a los gobernantes. En este sentido se expresan los diferentes cánones de los Concilios de Coyanza (1055) y de los sucesivos de Santiago de Compostela (1060) y de Palencia (1129) exhortando a los gobernantes, conforme a la tradición conciliar visigótica, a regir sus súbditos con justicia⁵². Pero, por otro lado, no se alude a aquella función garantizadora de una recta administración de justicia por parte de la jurisdicción ordinaria, encomendada por los reyes visigodos a los obispos⁵³, ni tampoco ésta volverá a reaparecer más adelante en la legislación civil.

Sin embargo, a nivel general, Graciano defiende la vigencia de un antiguo privilegio jurisdiccional basado en una falsa capitular

tira firmaste" pœchelle un maravedi, e meta cada dia bestia, fasta que lo haga verdadero. E si lo negar, jure con un vezino e el otro no de mancuadra. E' el alcalde de concejo o jurado de la villa eso mismo le faga. Cfr. F. Alfaiates, 186; F. Castel-Rodrigo, III, 54; Castello-Melhor, 125; Castello-Bom, 190; F. Cáceres, 188 (189); F. Usagre, 191. Ver P. LUMBRERAS VALIENTE, *Los fueros municipales de Cáceres. Su Derecho público*, Cáceres 1974, p. 329. El Fuero de Medinaceli dispone asimismo: "Qui alca' de dixiere tuerto indgwest peche un maravedi". Ver A. GARCÍA-GALLO, *El Fuero de Medinaceli*, en AHDE, 31 (1961), p. 442.

52. E c. VII, 1 del Concilio de Coyanza, al exhortar a los gobernantes que rijan con justicia a sus súbditos y no opriman injustamente a los pobres no hace sino repetir lo dispuesto por los Concilios III (589) y IV (633) de Toledo c. 18 y 32, respectivamente, y asimismo lo dispuesto por el Liber Iud. 2,1.28. Ver GARCÍA GALLO, *El Concilio de Coyanza*, 605-609. En el mismo sentido el Concilio de Santiago de 1060 dispone en su cap. V que las autoridades y jueces no opriman al pueblo y atemperen sus juicios con 'a misericordia. En este mismo capítulo se pide a los jueces que no admitan regalos ni ofertas antes de ver el pleito, aunque después pueden tomar lo que sea justo y conforme a las leyes ("Munnere et offertiones ante discussum iudicium non accipiant; post discussam autem veritatem de vera iustitia et auctoritate legis partem accipiant e partem dimittant". MALDONADO, *Las relaciones*, 348-349.

53. Cfr. supra.

atribuida a Carlomagno, en cuya virtud solicitando una de las partes en litigio que el mismo fuera reenviado a la justicia episcopal, el juez laico u ordinario debía abstenerse de su conocimiento aun mediando la oposición de la otra parte⁵⁴. Por grande que fuera la autoridad del *Decretum* y aun de los «dicta Gratiani» no logró alcanzar esta doctrina eficacia práctica. Entre otras razones —como ha hecho notar J. Dauvillier— porque a la innecesaria ocultación de los pleitos de los fieles remitiéndoles a la justicia del obispo, en medio de una sociedad cristianizada, se unía la falta de interés de la propia Iglesia por conservar una competencia en el campo civil cuando aquellas cuestiones más próximas al dogma le habían sido ya encomendadas⁵⁵.

Por esta razón a pesar de la redoblada vigencia del *Liber Iudiciorum* —que contenía aquellos preceptos que encardinaban la jurisdicción laica y episcopal en materia de recusación judicial—

54. Al tratar de la jurisdicción eclesiástica Graciano reproduce tres textos referidos a la competencia de la Iglesia en materia profana (C. 11, Q. 1, C. 35,36,37). En los C. 35 y 36 reproduce el texto de la famosa constitución de Constantino de 5 de mayo del 330 o sirmondina, así llamada por haber sido publicada por Sirmond, Constio Sirmond I, apéndice al *Cod. Theod.* ed. Haenel, "Quicumque litem habeas, sive petitor fuerit, vel in initio litis vel decursis temporum curriculis, sive cum negotium peroratur, sive cum iam ceperit promi sententia, si iudicium elegerit sacrosanctae legis antistitis, illico sine aliqua dubitatione, etiamsi alia pars refragatur, ad episcoporum iudicium cum sermone litigantium dirigatur. C. 35. Al fin del C. 36 justifica Graciano su inclusión: "Hec si quis antiquata contendat, quia in Iustiniani codice non inveniuntur inserta, per Karolum renovata cognoscat, qui in suis Capitularibus [1. VI. C. 281] ait inter cetera".

55. J. DAUVILLIER, *La jurisdiction arbitrale de l'Eglise dans le Decret de Gratien*, en *Studia Gratiana*, IV, Bolonia 1956-1957, pp. 121-129.

En este mismo sentido se expresaba hace siglos un autor clásico de nuestra doctrina procesal, el conde de la Cañada, tras referirse a la práctica romano visigótica de acompañarse el juez sospechoso por el obispo: "La experiencia haría conocer que ocupándose principalmente los obispos en los ministerios espirituales de su cargo, no podrían atender a la ordenación y decisión de las cosas temporales, dilatándose necesariamente con daño de las partes y del público; y estas consideraciones obligarían a relevarlos de esta penosa ocupación confiándola a otras personas de integridad y buen seso a elección del mismo Juez ordinario recusado..." en *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, 2.^a ed., Madrid 1794, I, p. 544, núm. 22.

en distintos lugares de la España medieval no parece haberse renovado esta tradición⁵⁶ y la legislación oficial civil fijará un nuevo sistema de control estrictamente laico para los casos de sospecha de parcialidad judicial. En adelante la recusación judicial

56. La carta confirmatoria de los fueros de la Iglesia de Toledo alcanzados en tiempos de Alfonso VI y del arzobispo D. Bernardo, concedida por Alfonso VII en Burgos el 18 de junio de 1136, disponía la exención de la jurisdicción secular de los clérigos de todo el arzobispado como era normal por este tiempo en todas partes. Los clérigos sólo podían ser juzgados por el arzobispo o su vicario tanto en materia criminal —siendo ellos reos o víctimas— como en asuntos civiles, en que el contrincante fuera laico, y conforme al Derecho canónico. Ver A. GARCÍA GALLO, *Los fueros de Toledo*, en AHDE, 45 (1975), 341-488. en esp. 365-369; 430-432 y 468-469 (donde recoge el citado Privilegio); cfr. J. F. RIVERA RECIO, *La Iglesia de Toledo en el siglo XII*, 1086-1208, I (Roma 1966), pp. 206-210.

El fuero refundido de Toledo (1157-1169), que consolida la unificación del Derecho de esta ciudad operada sobre la extensión de la vigencia del Liber iudiciorum a los diferentes núcleos cristianos, castellanos, mozarabes, francos, dispone en su primer precepto que "omnes iudicia eorum secundum Librum iudicum sint iudicata". A esta vigencia general del Liber correspondió la formación de un tribunal común presidido por el iudex de la ciudad y formado por diez personas nobles y sabidores de Derecho. GARCÍA GALLO, *ibidem*, 441-442; cfr. 437, M.^a LUZ ALONSO, *La perduración del Fuero Juzgo y el Derecho de los castellanos de Toledo*, en AHDE, 48 (1978), 335-337; en esp. 342-349. Ambas esferas eclesiástica y civil aparecen en el foco neogótico toledano separadas y distintas. Ninguna alusión a la antigua práctica intervencionista del obispo en la jurisdicción ordinaria, ni aun en la civil a no ser en aquellos casos en que le corresponda como señor dominical independiente del poder real. Cfr. A. M.^a BARRERO GARCÍA, *Un formulario episcopal castellano leonés del siglo XIII*, en AHDE, 46 (1976) 671-771. Es posible que el "corral de alcalde" que vemos actuar en algunas poblaciones como instancia superior a la de los alcaldes individuales cumpliera en ellos esta función garantizadora de la recta administración de justicia. Ver Fuero de Cuenca, 617, *Cod. Val.*, VIII-I; Fuero de Daroca, 534-43; F. de Alcalá de Henares, ed. Galo Sánchez, Madrid 1916, cap. 130, Ver en especial, M.^a LUZ ALONSO, *La revisión de la sentencia según costumbre de Toledo*, en AHDE, 48 (1978), 542-547.

Notable interés tiene a este respecto una de las respuestas dadas por el alcalde mayor de Sevilla a las preguntas de los mandaderos del concejo de Murcia, sobre la interpretación de alguna de las leyes del Fuero de Sevilla poco avenidas con la mentalidad y circunstancias de su tiempo. "Primeramente le preguntaron sobre una ley, que es en el primer libro del Fuero en el titu'o que el iuez deve dar razon de quantol demandaren, en que dize: que el obispo amoneste a los alcaldes que iuzgan tuerto, que

seguirá una trayectoria diferente en la legislación civil y canónica sin perjuicio de su mutua influencia⁵⁷.

5. LA RECUSACION JUDICIAL EN EL DERECHO CANONICO CLASICO

Con anterioridad a su difusión en nuestra legislación civil, diversas decretales pontificias fijaron el contenido de la recusación judicial en el campo canónico. Concretamente a los papas Celestino III e Inocencio III se les debe una clara formulación de sus principios básicos, a fines del siglo XII y primeros años del XIII⁵⁸, completada luego con otras normas y con la labor desarrollada por la doctrina.

Según esta normativa, la parte que «propone» la recusación del juez eclesiástico debe alegar a un tiempo, contrariamente a la tradición romano-justiniana, la causa de su sospecha, de modo que sea el mismo juez quien inste a las partes para designar árbitros que aprecien el fundamento de su sospecha dentro de un plazo determinado⁵⁹. Como se matiza en la decretal «Quum speciali» de

meioren lo que iudgaron et si lo non quisieren facer que el obispo lame al alcalde et a otros obispos et omnes buenos et emiende el pleito segund derecho, et si el alcalde fuere porfiado en esto, que el obispo entonce lo puede iudgar et el iuyzio que diere faga un escripto de commo lo emendo, et envielo al rey con aquel que era ante agraviado. Esto si se entiende o se usa agora por el obispo o por el adelantado o por el alcalde mayor que tiene uez del rey. A esto recudio el alcalde don Diago Alfonsso et dixo que non se ussua sinon por el adelantado o por alcalde mayor en manera de alçada". *Colección de documentos para la Historia del Reino de Murcia* (ed. Torres Fontes), vol. II, Murcia 1969, 84-86. Esta significativa respuesta del alca' de mayor de Sevilla despeja cualquier duda sobre la vigencia de estos preceptos del antiguo código visigótico.

57. Ver luego.

58. X, 2,28,41 (Celestino III, 1193); X, 2,28,61 (Inocencio III, 1206); cfr. ENRIQUE DE SEGUSIA, cardenal Hostiense, *In sextum Decretalium librum Commentaria*, Venecia, 1581 (reimp. anast. 1965), Super Secundo Decret. cap. XLI, fol. 181-181 A.; cap. LX, fol. 197-198 A.; JUAN ANDRÉS, *In quinque Decretalium librum novella commentaria*, Venecia, 1581 (reimp. anats. 1963) Comment. in secundum Decreto cap. XLI, fol. 263; cap. XLI, fol. 281-283.

59. "Quum aliquis iudicem proponit se habere suspectum, suspicionis causam coram eodem iudice allegare tenetur, ne possit alius quilibet pro

Inocencio III esta causa de sospecha debería ser «justa» reduciendo con ello el grado de subjetividad posible en la declaración⁶⁰.

Esta misma decretal señala con cierto detalle el procedimiento a seguir por la elección de los árbitros. Alegadas las justas causas de sospecha ante el juez competente los litigantes designarán de común acuerdo algunos árbitros para que las sopesen. Si no hay acuerdo los eligen por separado. Sólo si el procedimiento es criminal o de oficio nombran estos árbitros el recusante y el mismo juez «et ipse cum adversario vel si forte adversarium non habeat cum iudice arbitros communiter eligat».

Una vez designados los árbitros deben decidir sobre el fundamento de la sospecha dentro del plazo señalado que para no alargar demasiado la resolución del asunto principal, será breve como dispone una decretal posterior de Gregorio IX. Si estos árbitros no fueran capaces de lograr una sentencia común podrán nombrar por sí mismos un tercero en discordia que procure el acuerdo arbitral por mayoría⁶¹. De lo por ellos fallado se dará cumplimiento en virtud de santa obediencia⁶².

*suae voluntatis arbitrio quodlibet iudicium frustratorie declinare; sed partes, in aliquem iudicem vel in aliquos non valde remotos conveniant. per eundem iudicem qui nominatur suspectus, debent cogi, coram quo vel quibus si causa suspicionis infra terminum competentem probata non fuerit, tunc demum auctoritate sua iudex utetur. Quodsi coram ipsis, in quos convenitur, eiusdem causa suspicionis probata fuerit, causae cognitioni supersedere tenebitur iudex recusatus". X,2,28,41. Cfr. TANCREDO, *Ordinis iudiciarii tractatus* (1214) Ludg. 1547, pp. 36-38. G. DURANTE, *Speculum iudiciale* (1274), Venecia 1602, fol. 159-160. E. DE FUSCARIIS, *Ordo iudiciarius* (Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter, ed. L. Wahrmund, 1905-1931; reimp. 1962) vol. III, e. 1, pp. 46-51. MAESTRO DÁMASO, *Summa de ordine iudiciario* (ibidem, vol. IV, c. 4), pp. 23-25; *Ordo "invocato Christi nomine* (ibidem, vol. V, c. 1), pp. 46-51.*

60. "Statuimus ut, si allegaverit, se iudicem habere suspectum eadem causam iustae suspicionis assignet" X,2,28,61.

61. X, 1,29,39. (Arbitri electi ad causam recusationis, assignant partibus terminum ad probandam causam suspicionis, et iudex recusatus compellit arbitros ad causam finiendam). Ver HOSTIENSE, *Super primo Decret*, fol. 152A-153. JUAN ANDRÉS, *Comment, in primum Decret.*, fol. 234-234A. En general, E. DE FUSCARIIS, *Ordo iudiciarius*, ob. cit., pp. 46-51.

62. "Sciantque se ad id fideliter exsequendum ex iniuncto a nobis in virtute obedientiae sub obtestatione divini iudicii districto praecepto teneri". X, 2,28,61.

Finalmente si la causa de sospecha no fuera estimada justa por los árbitros o no probada en el tiempo prefijado, el juez controvertido reivindicará su derecho a juzgar⁶³. Sólo si efectivamente se prueba la causa de sospecha o la misma es estimada justa, se produce una inhibición delegando entonces el conocimiento de la causa, con expresa confirmación del recusante, en personas idóneas o, en otro caso, remitiéndolo al superior⁶⁴.

Al margen de esta regulación básica del procedimiento de recusación judicial, nuevas decretales pontificias vinieron a resolver problemas planteados con los jueces delegados preferentemente. Así, Alejandro III admitió la recusación del obispo de Londres, delegado en una causa canónica, por ser «dominus» del actor⁶⁵. También se dispone que puede quedar incurso en recusación el juez delegado que es familia del obispo o aún oficial o vicario suyo⁶⁶ y, así mismo cabe recusar al asesor del delegado⁶⁷.

La doctrina sobre estos datos compuso un sistema de recusación judicial integrador del oficial establecido por la legislación pontificia. Acudiendo a la tradición romano-justiniana cubrió técnicamente algunas cuestiones no resueltas por esta legislación y así debemos a Tancredo y a otros autores, de manera especial a Durante, con su famoso *Speculum iudiciale* (1272)⁶⁸, exposiciones basadas en uno

63. "Causa vero suspicionis legitima coram ipsis infra competentem terminum non probata, sua iurisdictione iudex utatur". X, 2,28,61. Cfr. TANCREDO, *Ordinis iudiciarii tractatus*, p. 33; G. DURANTE, *Speculum iuris*, fol. 155;

64. "At ipsa probata legitime, de recusatoris assensu personae idoneae committat negotium recusatus, vel ad superiorum transmittat, ut in eo ipso procedat secundum quod fuerit procedendum". X, 2,28,61. Pues como la razón dicta y con ejemplos se prueba, los jueces no deben ser sospechosos ni enemigos de las partes, dice Celestino III, X, 2,28,41.

65. X, 1,29,27 "praefatum Londonensem episcopum omnino habebat suspectum, pro eo, quod dominus est praedicti D.""; cfr. HOSTIENSE, *Super primo Decret.*, fol. 137, JUAN ANDRÉS, *Comment. in primun Decret.*, fol. 208 a.

66. X, 1,29,25 (Inocencio III, Gregorio IX, a. 1206); cfr. HOSTIENSE, *ibidem*, fol. 142 a; JUAN ANDRÉS, *ibidem*, fol. 217a-218.

67. X, 1,29,27 (Gregorio IX, a. 1204).

68. El *Speculum iudiciale* de DURANTE (1237-1296) fue considerada como la obra más completa aparecida hasta entonces sobre el Derecho práctico, civil y eclesiástico; siendo prueba de la fama alcanzada sus múltiples ediciones, 1473, 74, 78, 79, 83, 84, 85-86, 88, 89, 93, 99; 1501,

y otro Derecho que tienden a dar una imagen más nítida de la institución, algo borrosa en sus detalles dentro de la legislación canónica. Interesa destacar así mismo la obra de Tancredo, *Ordo iudiciarius* (1214) una de las primeras exposiciones doctrinales sobre la materia⁶⁹, por cuanto su orientación parece haber influido en algunos preceptos de nuestra legislación civil, concretamente del *Espéculo*⁷⁰.

Muchas cuestiones de indudable interés procesal como era el momento de «proponer» la solicitud de recusación judicial, fundamento de la causa de recusación, forma de llevarla a cabo, efectos, etc., fueron ampliamente tratados por esta doctrina según las directrices básicas de la legislación pontificia, reunidas en un cuerpo común con las soluciones romano justinianas y corregidas a su vez por la *aequitas* canónica. Esto se ve especialmente claro en la solución dada al momento en que debe ser solicitada la recusación judicial. Al no estar resuelta esta cuestión por la legislación canónica, los autores acuden al precedente romano justiniano y conforme al mismo convienen que debe realizarse «ante litis contestatione», pero al tiempo corrigiendo el rigor de la escueta norma justiniana, prevén determinados supuestos en que cabe su solicitud una vez contestada la demanda: cuando sobreviene el conocimiento de una justa causa de sospecha después de haberse iniciado el pleito o si ésta hubiera surgido con posterioridad⁷¹.

Igualmente la causa de la recusación, cuya expresión es exigida

502, 504, 513, 518, 520-521, 522-23, 531, 532, 538, 539, 541, 543-44, 547, 551, 563, 566-67, 574, 1577, 1578, 1592, 1612, 1668, 1672, 1678. Ver. F. C. V. SAVIGNY, *Storia del Diritto romano nel Medio Evo*, trad. ital. de E. Bollati (reimp. de la 2.^a ed. Torino 1854-1857), Roma 1972, vol. II, pp. 530-546. Con carácter general K. W. NORR, *Papstliche Dekretalen und römisch-Kanonischen Zivilprozess*, en *Studien sur europaischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt/Main, 1972, 53-65.

69. Ver una completa información sobre el tema en K. W. NORR, *Die literatur zum gemeinen zivilprozess*, en *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europaischen Privatrechtsgeschichte* t. 1. Munich, 1973, 383-397. F. C. SAVIGNY en su *Storia del Diritto romano*, ob. cit., t. 1, p. 635 recoge la noticia de Juan Andrés de considerar la obra de Tancredo la tercera de las exposiciones procesales de los glosadores.

70. Ver luego.

71. TANCREDO, *Ordinis iudiciarii tractatus*, p. 32; DURANTE, *Speculum iudiciale*, 156-157. M. DÁMASO, *Summa de ordine iudiciario*, 22-23.

por las decretales pontificias contrariamente a la tradición romano-justiniana, indicando que debe ser «justa», fue objeto de una amplia disertación doctrinal, precisando qué debía entenderse por causa, y cuáles eran aquéllas que podían ser alegadas justamente. En este sentido consideró Tancredo y con él otros autores y aún nuestro texto legal del Espéculo que la única causa de recusación judicial era la sospecha, la cual derivaba a su vez de otras causas⁷² que someramente analiza este autor y fueron sin cesar acrecentadas por la doctrina. Hasta cuarenta llegó a señalar Maranta en su tratado *De ordine iudiciorum*⁷³.

6. LA RECUSACION JUDICIAL EN EL TIEMPO DE LA RENOVACION FUNDAMENTAL DEL ORDENAMIENTO JURIDICO CASTELLANO

En el tiempo de la renovación fundamental del ordenamiento jurídico castellano se opera una readmisión de la recusación judicial en los principales textos legales de la época, Fuero Real, Espéculo y Partidas. Ante la incertidumbre de nuestros conocimientos actuales sobre el proceso de redacción de estos textos y sus mutuas

72. "Causa vero recusationis unica est, scilicet, suspicio quae consurgit ex multis causis, puta, quod iudex est consanguineus illius, qui literas impetravit, vel fuit advocatus eius in eodem negotio". TANCREDO, *Ordinis iudicarii tractatus*, pp. 33-35; cfr. DURANTE, *Speculum iudiciale*, fol. 156.

Espéculo, 5,2,4 (5). "Sospechas diximos en estas otras leyes, que es cosa porque pueden los que an pleitos desechar a los judgadores, que non los judguen. E esta sospecha dezimos que naze de muchas cosas como si el judgador a parte en la demanda sobre que es el pleito o si es enemigo de alguna de las partes o pariente. ." (Cód. esp. VI, 134). Más detalles de la semejanza de la regulación del Espéculo que en este tema difiere del Doctrinal y Partidas para acoger claramente la tradición canónica, ver luego. Sobre la influencia ejercida por la práctica canónica de recusación judicial en nuestra doctrina civil, inspirando reformas legislativas como las que proyectaban nuestros autores del s. XVIII; cfr. Conde de la Cañada, *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios*. Madrid, 1794, p. 542 (núm. 17 y 18) y 545 (núm. 19).

73. R. MARANTA, *De ordine iudiciorum (vulgo Speculum aureum et Lumen advocatorum)* Lugd. 1550, pp. 254-257.

relaciones ⁷⁴ hemos optado por exponer nuestro análisis institucional siguiendo el criterio que se deduce de su contenido.

En este sentido destaca la coincidencia básica del Fuero Real y del Espéculo, así como su diferencia común con la regulación de Partidas. Igualmente de la confrontación del Fuero Real y Espéculo se deduce el marcado carácter doctrinal que adopta la exposición de éste último —sin perjuicio de su valor legal— frente al dispositivo del Fuero Real que resume escuetamente los principales puntos expuestos con notable amplitud por el Espéculo. Por otro lado las Partidas vienen a afirmar, en este como en otros casos, la norma romano justiniana, en tanto que el Espéculo y el Fuero Real aparecen vinculados al menos en el punto fundamental de la expresión razonada de las causas de sospecha, a la tradición canónica recogida en las Decretales ⁷⁵.

Siguiendo el criterio interno antes aludido iniciaremos nuestro análisis de la recusación judicial en estas fuentes a partir del Espéculo, cuya redacción, de estilo amplio y doctrinal, parece haber precedido a las regulaciones del Fuero Real y Partidas. Sin embargo, las continuas referencias a los restantes textos legales permitirá apreciar lo que hay de común o bien de original o característico en cada una de ellas.

a) *Espéculo*

El Espéculo, el Libro de las leyes o Fuero de las leyes como cree el profesor García-Gallo debía denominarse originariamente ⁷⁶, es una obra dirigida a los jueces «*por o sepan dar los juyzios derechamente e guardar a cada una de las partes que ante ellos venieren en su derecho e sigan la ordenada manera en los pleitos que deven*» ⁷⁷. En este sentido es una obra que pese a su marcado tono

74. Ver una reciente exposición de sus teorías sobre el proceso de redacción de estos textos en A. GARCÍA GALLO, *Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X*, en AHDE, 46 (1976), 609-670.

75. Ver supra.

76. El "Libro de las leyes" de Alfonso el Sabio, *Del Espéculo a las Partidas*, en AHDE, 21 (1951), 345-528; y recientemente *Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X*, ob. cit., 622-629.

77. Espéculo, prólogo. El único manuscrito que hasta ahora se conoce del Espéculo o Libro de leyes (s. XIV) fue editado por la Real Academia de la Historia en *Opúsculos legales del rey don Alfonso el Sabio*,

doctrinal va dirigida a la práctica jurídica, conociéndose una parcial aplicación de su contenido a través de concesiones particulares a Valladolid (1258)⁷⁸ y Ubeda (1260)⁷⁹, aparte de su indudable utilización por el tribunal de la Corte siquiera fuera para despejar las dudas que su aplicación planteaba en las villas y ciudades que lo hubiesen recibido⁸⁰.

De esta obra, de la cual sólo conocemos un código del siglo XIV editado por la Real Academia de la Historia en 1836, se conservan cinco libros, el último de los cuales está dedicado al procedimiento, cuyo título II trata «*De las sospechas contra los judgadores*» (*e como las partes deven razonar contra el judgador que los fizo aplazar, primeramente la sospecha si la an contra el, ante otra razón ninguna*). El título comprende cuatro leyes, aunque siguiendo las referencias de las mismas se advierte que su número en realidad es de cinco, correspondiendo la primera al prólogo actual que llevaría por enunciado: «*Como las partes deven razonar contra el judgador que las fizo aplazar primeramente la sospecha si la an contra el, ante que otra razon ninguna*»⁸¹.

II, Madrid, 1836 (vol. I) y reproducido más tarde en los Códigos españoles, de La Publicidad, vol. VI, Madrid, 1849, 7-208.

78. *El ordenamiento sobre la administración de justicia para los alcaldes de Valladolid* (1258), publicado en el Memorial Histórico Español, I, Madrid, 1851, pp. 139-44, y reproducido por el profesor García Gallo señalando su paralelismo con normas del Espéculo (Apéndice 10 de su trabajo *El "Libro de las leyes"*, ob. cit.), no alude a la recusación judicial que como hemos visto era una institución sin arraigo en la vida jurídica local.

79. En 1260 se ordenó guardar sus leyes sobre usuras y juramento a Burgos, Béjar, Uclés y Toro; cfr. GARCÍA-GALLO, *El libro de las leyes*, ob. cit., p. 386. M. MUÑOZ GARCÍA, *Un precedente de las Partidas. Cómo debían jurar los cristianos, judíos y moros*, en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 91 (1927), pp. 376-84; J. L. BERMEJO, *En torno a la aplicación de las Partidas. Fragmentos del Espéculo en una sentencia de 1261*, en *Hispania*, 114 (1970), pp. 69 y ss.

80. "Damos este libro en cada villa sellado con nuestro sello de plomo; e toviemos este escripto en nuestra corte de que son sacados todos los otros que diemos a las villas, porque si acaesciere dubda sobre los entendimientos de las leyes o se alzasen a nos, que se libre la dubda en nuestra corte por este libro". Cfr. GARCÍA-GALLO, *El "Libro de las leyes"*, ob. cit., 391-97; *Nuevas observaciones*, ob. cit., 623-629.

81. La ley tercera de este título II, libro V del Espéculo remite a la primera donde se dispone la necesidad de manifestar la excepción

Cinco, pues, son las leyes que dedica el Espéculo a la recusación judicial (*desechar al judgador* dice el texto siempre) y en conjunto constituye la regulación más amplia del período sobre el tema⁸². Concebida como una «defensión» o excepción, al igual que hace el Maestro Jacobo de las leyes en sus *Flores del Derecho*, se regula al tratar el desarrollo del proceso inmediatamente después de la citación o emplazamiento⁸³.

de sospecha antes que ninguna otra; sin embargo, la primera en la actual numeración trata del órgano judicial y esta cuestión la toca el prólogo del título. Asimismo la ley cuarta se remite a la tercera suponiendo que es la que trata del procedimiento de recusación cuando en la edición de la Academia corresponde a la segunda. Ajustando su enumeración a la interna del código debe numerarse como ley primera el prólogo que llevará por título aquella parte del actual unido por la conjunción e, al epígrafe genérico "De las sospechas contra los judgadores", resultando un total de cinco leyes y no de cuatro las comprendidas en el mismo. Que el error procede del Código mismo nos da cuenta las referencias de Arias de Balboa a esta enumeración deficiente. Ver infra.

82. El Fuero Real le dedica dos leyes (I,7,9 y 10) y Partidas propiamente otras dos III,4,22 y 31, aunque con referencias indirectas al tema en otras leyes, 8,9,10 del mismo título.

83. Las *Flores del Derecho* redactadas por el maestro Jacobo de las Leyes para instruir a Alfonso X (h. 1252) ordenan esta materia igual que lo hará el Espéculo. Emplazadas las partes debe el demandado oponer sus excepciones (deffensiones) en primer lugar. En las tres clases que distingue, *fori declinatoria*, *exceptio dilatoria*, *exceptio peremptoria*, sitúa la recusación judicial entre las primeras, siendo suficiente la sospecha de enemistad o parentesco por parte del juez con alguna de las partes para solicitarla. Esta "deffension" debe ser interpuesta antes de que el pleito de comienzo "por respuesta" puesto que una vez iniciado éste ya no sería posible, a no ser que constare por juramento su ignorancia entonces de tal circunstancia y su propósito de no aducir la excepción de sospecha por malicia. Cfr. Espéculo, 5,2, prólogo (1) y ley 3 (4). En su "*Summa de los nove tiempos de los pleytos*" sitúa la excepción de sospecha en el tercer tiempo de los mismos, tras la citación y comparecencia ante el juez. Ver *Obras del maestro Jacobo de las leyes, jurisprudencia del siglo XIII*, publicadas por R. de Ureña y Smenjaud y A. Bonilla San Martín, Madrid 1924. *Flores del Derecho*, 1,15,1 a 5; (pp. 93-100); *Summa de los nove tiempos de los pleytos*, 3, (p. 384).

Sobre la personalidad y la obra del maestro Jacobo de las leyes ver F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la Antigua legislación y principales cuerpos legales de los reynos de León y Castilla*, Madrid, 1808, pp. 262-264. UREÑA y BONILLA SAN MARTÍN, ob. cit., prólogo; GARCÍA GALLO, *El "Libro de las leyes"*, pp. 424-26.

En este sentido, la ley primera, que en la edición del código no va enumerada, dispone que una vez emplazadas las partes para comparecer en juicio, cualquiera de ellos, el demandante o el demandado —habitualmente las fuentes romano visigóticas y las coetaneas castellanas sólo aluden a éste último como sujeto de la recusación judicial— pueden alegar sus motivos de sospecha contra el juez antes de presentar cualquier otra excepción, puesto que una vez «comenzado por respuesta» no cabe plantearlas a no ser que sobreviniere entonces la causa de sospecha a su conocimiento. Este punto que será reiterado más tarde por otra ley⁸⁴ deja paso en la ordenada exposición del tema del Espéculo a una aclaración del órgano judicial que puede ser objeto de recusación. A este fin se distingue entre jueces ordinarios «los que son puestos para judgar todos los pleitos», delegados «los que da el rey para judgar pleitos señalados; los que dan para judgar pleitos señalados», y de avenencia «alcalles de avenencia»⁸⁵. Así distinguidos, procede la ley a graduar la recusación que corresponde a una u otra clase, que puede ser parcial para los primeros, total para los segundos y no susceptible de aplicar a los últimos «ca non es derecho, que pues que los escogen, e se avienen en ellos, que los desechen por sospecha»⁸⁶.

Reducidos, pues, a dos clases los jueces que pueden ser recusa-

84. Cfr. ley 3 (4).

85. El *Dotrinal* del maestro Jacobo, obra redactada con finalidad docente, al tratar de los jueces (libro I, tít. 2 cap. único) distingue asimismo tres clases de ellos designándolos de manera más técnica que el Espéculo “La primera delos ordinarios, e la segunda delos delegados, e la tercera delos arbitros”, extendiéndose en este título y en los dos siguientes en consideraciones sobre cada uno de ellos. Ver *Obras del Maestro Jacobo de las leyes*, ob. cit., pp. 204-218. Sobre la problemática de esta obra y su relación estrecha con Partidas, ver UREÑA Y BONILLA SAN MARTÍN, *Obras del Maestro Jacobo*, pp. XIV-XV. GARCÍA GALLO, *El “Libro de las leyes”*, pp. 432-434 (El cuadro octavo del Apéndice de este trabajo muestra las relaciones entre el Espéculo, *Dotrinal* y Partidas, ocupando como dice el autor una posición intermedia entre ambos textos legales).

86. Sin embargo, como veremos, esta posibilidad es admitida tanto a nivel teórico en el *Dotrinal* (1,4,4 Commo pueden desechar al arbitro por rrazon de enemistad), como legal en Partidas (3,4,31). No la recoge, por el contrario, el *Fuero Real* (1,7).

dos, ordinarios y delegados, el precepto siguiente (5,2,2 [3]) pasa a fijar el procedimiento de recusación que para ambos casos contempla: a) la prueba de la causa de sospecha ante un hombre bueno que elijan de común acuerdo el juez y el recusante, y b) el efecto de la prueba de la sospecha en el órgano judicial. Se parte para ello de una primera matización que reduce el campo de la apreciación subjetiva de la sospecha «*aviendo cosa cierta por que alguno aya sospecha al judgador por quel quiera desechar*». Luego, siguiendo el esquema judicial anterior se trata el procedimiento por separado. Si el juez es ordinario, la parte que lo declara sospechoso debe alegar las razones en que fundamenta su declaración ante el alcalde, pero si estas razones no fueran de las comprendidas en el título de la obra, ley 4 (5) y el juez las rechaza, puede sin embargo alegarlas ante cualquier otro, habiendo más que el primero en el lugar. Ahora bien, si sólo hubiera un juez, el mismo que declara sospechoso, deberá probar su sospecha ante un hombre bueno del lugar elegido conjuntamente con el juez.

Probada la causa de sospecha o reconocida voluntariamente por el juez su razón de ser, deberá entonces el juez sospechoso ver el pleito con otro de los jueces del lugar si lo hubiere y fuera imparcial o, en caso contrario, con un hombre bueno en quien convengan el juez y la parte que recusa⁸⁷ «*E desta guisa pierde alguna parte del poder que avie... pero non lo pierde*».

Si, por el contrario, el recusado es un juez delegado, debe probarse la causa de sospecha ante un hombre bueno elegido de mutuo acuerdo por el juez y la parte que recusa. Si no quisieran o no lograran convenir en uno debe forzar su elección el juez ordinario del lugar. Probada que fuera la causa de sospecha este juez queda totalmente separado del conocimiento del pleito. «*E si la sospecha fuere provada non puede judgar el pleito por si, ni con otro, nin acomendarlo a ninguno. E desta manera pierde todo el poder que avie de judgador en aquel pleito*».

La norma atiende también el supuesto de que el conocimiento de un pleito fuese encomendado a dos o más jueces especiales, en cuyo caso siendo recusado uno de ellos, o fallecido o impedido

87. Ver supra su coincidencia esencial con el sistema fijado por las decretales pontificias, concretamente las de Celestino III (X,2,28,41) e Inocencio III (X,2,28,61).

de conocer por justo impedimento «*embargo derecho*», no podían entrar a juzgar los restantes tampoco, a no ser que en la carta donde conste su poder especial de juzgar se disponga lo contrario.

Insistiendo en la misma idea expuesta en la ley primera a la cual se remite, la tercera de este título en la enumeración de la edición de la Academia de la Historia, obliga a la parte que recusa a expresar su propósito antes de que comience el pleito, alegando para ello antes que ninguna otra, esta excepción de sospecha de modo que si no lo hiciera así no podría interponerla luego a no ser que mediare una circunstancia justificativa como la de no ser conocida entonces o haber sobrevenido con posterioridad al comienzo del juicio, para lo cual debería jurar que no lo hace para alargar el pleito. Esta exigencia es común en los diferentes cuerpos legales.

El último precepto de este título dedicado a las «*sospechas contra los judgadores*» trata de las razones legalmente válidas para solicitar la recusación del juez competente. En principio tal como está redactado el precepto parece que la misma sospecha de por sí es causa de recusación, como apunta la doctrina canónica, añadiendo igual que ésta, que aquélla nace «*de muchas cosas*»⁸⁸ entre las que señala, el interés del juez en la demanda, su enemistad con alguna de las partes o su parentesco hasta el grado señalado para los testigos⁸⁹. Salvo en los casos que medie parentesco —causa de separación total del juez competente— en los restantes puede el juez afectado conocer el pleito siempre que esté acompañado de un hombre bueno.

Estas mismas causas y otras que señala la ley, ser vocero, pania-guado, señor o vasallo del demandante o haberse apelado por alguna de las partes de agravio recibido en el transcurso del pleito, son válidas igualmente para recusar al juez delegado.

88. "Causa vero recusationis unica est, scilicet, suspicio, quae con-surgit ex multis causis, puta, quod iudex est consanguineus illius, qui literas impetravit, vel fuit advocatus eius eodem negatio". TANCREDO, *Ordinis Iudiciarii tractatus*, Lugduni, Apud Antonium Vicentium, 1547, pp. 33-34. Cfr. G. DURANTE, *Speculum iuris*, Venetiis, 1602, fol. 156.

89. Espéculo, 4,7,25. "Como los parientes que descenden por la liña derecha del parentesco nin de travieso no pueden testiguar unos por otros, salvo en casos ciertos". Cfr. leyes 24 y 27.

b) *Fuero Real*

La regulación del Espéculo coincide básicamente en este punto con la del Fuero Real⁹⁰ por más que al eliminar los aspectos doctrinales y discursivos que adornaban la primera, la regulación del Fuero aparezca escuetamente dispositiva⁹¹. Esta circunstancia permite compendiar su contenido en dos preceptos, 1,7,9 (*Del que recusa el alcalde por sospechoso*) y 1,7,10 (*Por qué razones puede ser el juez recusado por sospechoso*)⁹².

90. Sobre las ediciones del Fuero Real o Libro de las leyes, ver A. GARCÍA GALLO, *Nuevas observaciones*, ob. cit., p. 652, n. 93. Para nuestro trabajo hemos utilizado la edición de *El Fuero Real de España diligentemente hecho por el noble rey D. Alfonso IX, glosado por el egregio Dr. Alonso Díaz de Montalvo...*, Madrid 1781, edición hecha sobre la de Salamanca de 1567; entre las ediciones anteriores de la obra, el editor de ésta cita una impresa en Huete, 1534, no referida en la nota anterior. También hemos consultado la edición de Montalvo reproducida sin su glosa en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, I, Madrid, *La Publicidad*, 1847, pp. 349-425, y la realizada por la Real Academia de la Historia sobre un códice del siglo XIV ó XV, cotejado con otros manuscritos, *Opúsculos legales del rey don Alfonso el Sabio*, ob. cit., tomo II, Madrid 1836, pp. 3-169. Ver asimismo en GARCÍA GALLO, ibidem, p. 651, n. 92, bibliografía sobre este texto legal.

91. Se confirma plenamente en este punto el atinado juicio del profesor GARCÍA-GALLOS "Es común aunque con tratamiento distinto y más sobrio en el Fuero Real la regulación de la organización judicial y del proceso, que en el Espéculo ocupa los libros cuarto y quinto y en el Fuero Real parte del primero y del segundo". En *Nuevas observaciones*, ob. cit., p. 664. Esta diferente sistemática se refleja por otro lado en la dispar situación del instituto, que mientras en el Espéculo se integra en el procedimiento, en el Fuero Real se incluye al tratar "De jurisdicción dellos alcays e oficio").

92. En la edición de la Academia, las leyes del Fuero Real no van precedidas de rúbrica que aclare su contenido. Sin embargo, sí la tienen en las que siguen la edición de Montalvo. En éstas los epígrafes de las leyes emplean el término de "recusación", aunque en su contenido se sigue utilizando el más antiguo de "desechar, desechar por sospechoso", al igual que hacen el Espéculo y Partidas (estos en ningún caso emplean el término recusación) y doctrina de la época. (Cfr. *Doctrinal del Maestro Jacobo*, lib. I, título 3, cap. 4, pp. 219-210 "desechar por sospechoso al judgador"; tít. 4, cap. 4. "Commo pueden desechar al arbitro por rrazon de enemistad"). El Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348 equipara ya ambos términos (lib. 5, tít. 5, ley única, De las sospechas e recusaciones, que son puestas contra los judgadores).

El primero establece un procedimiento de recusación similar al fijado por el Espéculo o Libro de las Leyes. Citadas las partes para comparecer en juicio, aquél que en el momento de presentación declarase sospechoso «*por alguna razón derecha*» al juez y lograrse probarla ante algún otro alcalde que considerara imparcial, obliga al mismo a inhibirse del conocimiento de la causa dejándola en poder de otro juez libre de sospecha. Pero si llegara a tener por sospechosos a todos los alcaldes de la localidad —caso extremo pero tal vez no infrecuente en la vida municipal— y llegara a probar sus razones ante dos hombres buenos «*en que avinieren las partes para recibir esta prueba*», quedan todos ellos separados del conocimiento de la causa y la misma es asignada a un hombre bueno libre de sospecha o en uno que convengan aquellos con el recusante. La ley, previniendo la dificultad de concierto para la designación de los hombres buenos que deben recibir la prueba, ordena finalmente a los alcaldes del lugar que coaccionen su acuerdo.

La glosa de Arias de Balboa⁹³ (siglo XIV) se limitó a relacionar esta norma con otras análogas de diferentes cuerpos legales (en primer lugar con el Ordenamiento de Alcalá 5,1 al que considera mero desarrollo de esta ley «*ley en ayuda desta*»; Espéculo, 5,2,1 y 2; Partidas, 3,4,22, Fuero de Toledo, 2,1,22; Leyes del Estilo, 191) sin adentrarse en su explicitación por más que tal vez la apretada redacción del precepto no siempre resulta fácil de comprender. Por otro lado esta cita de textos carece de homogeneidad a no ser por su referencia común a la recusación judicial. Las diferencias de su contenido respectivo impide considerar esta cita o remisión

93. *Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla*, ed. J. CERDÁ, en AHDE, 21-22, 1951-1952, pp. 731-1141. En la «*Noticia sobre las glosas y comentarios del Fuero Real de D. Vicente Arias, Obispo de Plasencia*», de JUAN LUCAS CORTÉS [ed. J. Cerdá, ibidem, 1140-411], se resalta ya el carácter nacional castellano de esta glosa, tanto por estar hecha en romance como por la cita habitual de textos jurídicos patrios: «... estima de este libro y glossa por ser un tesoro de la jurisprudencia antigua castellana. La glosa está en romance y ordinariamente cita nuestras leyes y fueros antiguos, como son el Fuero Juzgo, las leyes de las Partidas y del Estilo y del Fuero de los hijosdalgo, o castellano antiguo, y algunos fueros particulares y leyes de las Cortes, y rara vez cita por concordancia las Decretales y el Decreto y las leyes del Código de Justiniano». Cfr. CERDÁ, *Introducción*, pp. 731-734.

como un intento de glosar legalmente el citado precepto del Fuero Real, por lo que pierde toda función hermenéutica.

La posterior glosa de Díaz de Montalvo tampoco es aclarativa en este punto, pues en la medida en que esta legislación no es observada en su tiempo en el reino de Castilla, se limita a plantear cuestiones de índole doctrinal que resuelve a la luz del Derecho Común⁹⁴.

La siguiente norma del Fuero Real, 1,7,10 enumera simplemente las causas de recusación al tiempo que fija el momento procesal en que deben ser alegadas. Estas causas coinciden con las señaladas por el Espéculo⁹⁵ para recusar al juez ordinario: interés del juez en la contienda, parentesco con alguna de las partes litigantes, enemistad o malquerencia hacia alguna de ellas. Por otro lado se dispone en la ley que estas causas deberán ser alegadas al comienzo del pleito puesto que con posterioridad no serán admitidas a no ser que constase su desconocimiento por aquellas fechas mediante juramento. Si en este intervalo el juez hubiese dictado sentencia será válida y firme a pesar de ser conocidas más tarde estas causas posibles de recusación.

Respecto a esta norma, una de las Leyes del Estilo que vienen a declarar el Fuero Real, admite la recusación del juez por parte de los familiares de un señor que previamente le hubiese recusado utilizando los mismos argumentos que los alegados por éste, excluyendo de esta posibilidad sin embargo a los parientes «*porque el pariente non ha mandamiento sobre sus parientes como el sennor sobre sus omes*». CX I⁹⁶. Sin embargo, el alcance de esta norma va más allá del meramente declarativo al disponer en su apartado final que en tanto se dilucida la causa de sospecha debe encomendarse la solución del fondo del litigio a otro juez libre de ella. Si

94. Esta circunstancia llevó a adicionar y concordar su contenido con las Partidas y Leyes reales en la edición de 1781, "por un sabio doctor de la Universidad de Salamanca" como medio de corregir la excesiva dependencia de la glosa de Montalvo de la doctrina y derecho común. Cfr. la "Noticia sobre las glosas y comentarios del Fuero Real de D. Vicente Arias, Obispo de Plasencia", que dio Juan Lucas Cortes, ed. CERDÁ, *Las Glosas*, ob. cit., 1140-1141.

95. Espéculo 5,2,4 (5).

96. Las Leyes del Estilo, en *Opúsculos legales del rey don Alfonso el Sabio*, ob. cit., II, 235-352.

bien es posible que esta práctica se siguiese con anterioridad, ninguno de los textos precedentes la había formulado tan claramente ⁹⁷.

La glosa de Arias de Balboa no hace sino volver a relacionar este precepto con otros más o menos coincidentes del Espéculo (5,2,4 5), resaltando el carácter total de la recusación judicial por causa de parentesco, limitada en los restantes casos al acompañamiento del juez sospechoso por un hombre bueno; de Partidas, 3,4,9, que dispone la inhibición del juez en aquel pleito criminal que intervengan padre, hijo o familiar; el mismo Fuero Real, 3,8,9 y asimismo el Doctrinal de los Juizios 2,3,4. Por su parte, la glosa de Montalvo al ser común a ambos preceptos del Fuero Real no dedica especial atención a esta norma.

La amplia difusión municipal del Fuero Real ⁹⁸ y aun su utilización como Libro de Leyes en el tribunal de la Corte ⁹⁹ hubo de favorecer el arraigo de la recusación judicial en el Derecho municipal de Castilla y León ¹⁰⁰. Sin embargo, más tarde, esta orientación

97. "Y entre tanto que se libra la razón de la sospecha debe alguno de los otros Alcaldes que son del lugar, sin sospechar, librar la demanda del querrelloso". Ley CXCI in fine.

98. E. PÉREZ PUJOL, *Sobre la fuerza obligatoria del Fuero Real*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 60 (1882). Una visión de su difusión municipal ajustada a su teoría sobre el Fuero de las leyes o Fuero Real, en GARCÍA-GALLO, *Nuevas Observaciones*, ob. cit., páginas 667-669.

99. Ya Arias de Balboa al citar alguna ley del Estilo lo hacía refiriéndose al "*Declaramiento del Rey don Alfonso porque libran en casa del Rey, que fizo sobre este Fuero*" (I,7,4). Su declaración de muchas leyes contenidas en el Fuero Real dieron lugar a una colección de leyes que más tarde se incluyó en las leyes del Estilo. Sobre los estratos jurídicos de esta obra, GARCÍA-GALLO, *Nuevas observaciones*, p. 653, n. 99. Ver J. PÉREZ ORTIZ, *La colección conocida con el título Leyes nuevas, atribuidas a Alfonso X el Sabio*, en *AHDE*, 16 (1945).

100. "Como Fuero observado en el tribunal de la Corte primero, y como Fuero de algunas poblaciones después, el Fuero de las leyes fue logrando amplia difusión, aunque sin llegar a ser nunca en modo alguno ley general. GARCÍA-GALLO, *Nuevas observaciones*, p. 670. Un cierto carácter territorial del mismo es defendido, sin embargo, por un sector de la doctrina: Cfr. A. IGLESIA, *Las Cortes de Zamora de 1274 y los casos de Corte*, en *AHDE*, 41 (1971), 941-971, en esp. 949-53. B. CLAVERO, *Behetría 1252-1356, crisis de una institución de señorío y de la formación de un Derecho regional en Castilla*, en *AHDE*, 44 (1974),

justificativa de la recusación judicial sería abandonada al imponerse el criterio más próximo a la tradición romano justiniana de las Partidas continuado por el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348.

c) *Partidas*

En parte continuando la línea anterior del Espéculo y Fuero Real ¹⁰¹, en parte afirmando más puramente la tradición romano-justiniana ¹⁰², las Partidas¹⁰³ regulan en un precepto básico, 3,4,22, la

201-342 y *Notas sobre el Derecho territorial castellano (1367-1445)*, en *Historia, Instituciones y Documentos*, 3, 1976, 143-165.

Por su parte, M.^a LUZ ALONSO, *El Fuero Juzgo y el Derecho de los castellanos de Toledo*, ob. cit., nota 56, hace una interesante referencia al pensamiento del Conde de Campomanes sobre la responsabilidad que concierne a los doctores del Derecho común en la conversión de este Fuero Real en código de leyes generales, que matiza el valor general atribuido a este texto por algunos juristas como J. Alfonso de Benavente, aducido por Clavero.

101. Estilísticamente la línea doctrinal que caracteriza la exposición del Espéculo se reemprende en las Partidas, por más que la limitación que impone la norma única dedicada al tema ahoga en parte su expresividad. Frente a estas exposiciones legales de altos vuelos, la regulación del Fuero Real se presenta como una concreción municipal poco avenida con planteamientos teóricos o doctrinales. Sin embargo, pese a las diferencias de estilo y de contenido, hay elementos comunes entre estas regulaciones que, junto con aquéllas, intentaremos resaltar.

102. Esta tradición parece cifrarse en lo esencial en no justificar la declaración de sospecha que se hace sobre el juez competente. La alegación y prueba de las causas de sospecha es cuidadosamente reglamentada por Espéculo y Fuero Real, no así por Partidas, que en este punto se ajusta más puramente a la tradición romano-justiniana. Sin embargo, es preciso constatar que esta regulación romano-justiniana es el foco inspirador común de nuestra recusación judicial bajo medieval por más que debido a otras influencias, canónicas, prácticas y aun de orientación y destino de la obra en cuestión, se aprecian diferencias importantes entre los textos que la recogen.

103. El proceso de redacción de las Partidas se halla sujeto, al igual que la de los anteriores textos analizados, Espéculo y Fuero Real, a una profunda revisión crítica. Ver por todos A. GARCÍA GALLO, *Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X*, ob. cit., que recoge el estado de la cuestión y las nuevas hipótesis formuladas por este autor que han propiciado un renovado interés por los mismos.

recusación judicial. En la forma razonada en que de nuevo se dicta la norma, en las Partidas se alude al peligro que sobreviene al encausado que debe litigar ante juez sospechoso de parcialidad y al remedio que propugnaron «los sabios antiguos»¹⁰⁴ cuyo tenor, tal como parece redactado el precepto, es el siguiente: distinguiendo entre juez ordinario y delegado¹⁰⁵, si al que se pretende recusar es a éste último, deberá el recusante expresar su declaración de sospecha ante dos hombres buenos antes de que dé comienzo el pleito «por demanda e por respuesta»¹⁰⁶ jurando si así se lo pidieran que no lo hace maliciosamente para alargar el pleito, sino «porque ha miedo e sospecha del juez»¹⁰⁷. En todo caso no es necesario que exprese la causa de su sospecha «ca segun es establecimiento de las leyes antiguas, non ha porque lo dezir, si non quisiere»¹⁰⁸. El juez delegado recusado apremiará entonces a las partes litigantes para que en plazo de tres días designen de común acuerdo «algunos» hombres buenos que libren la contienda. Si no se lograra alcanzar acuerdo en la elección de estos hombres buenos, el juez ordinario de la localidad donde se celebra el pleito escogerá voluntariamente aquellos que estime oportuno para desarrollar tal función judicial.

104. "Sospecha nasce alos vegadas en el coraçon del demandado contra el juez ante quien le quieren fazer demanda. E porque es mucho peligrosa cosa de aver ome su pleyto delante del judgador sospechoso, porende tuvieren por bien los sabios antiguos..." Partidas, 3,4,22 (prom.).

105. Ver supra lo dicho respecto a las distintas clases de jueces en el Espéculo.

106. Tanto en Partidas como en el Espéculo respecto a los jueces delegados o en el Fuero Real, la declaración de sospecha se hace ante uno o dos hombres buenos [en este último texto sólo a falta de alcaldes considerados idóneos por el recusante] y en todos los casos se fija el mismo momento procesal para su presentación, "ante litis contestatione".

107. El juramento constituye en la regulación de Partidas un trámite voluntario dejado al arbitrio de los hombres buenos que reciben la declaración de sospecha, sustitutivo de la alegación y prueba de la misma. Con este carácter no aparece en los otros textos legales. Espéculo 5,2,3 (4); Fuero Real, 1,7,10.

108. Este precepto que regula la recusación del juez delegado coincide a la letra con el *Dotrinal* del Maestro Jacobo, 1,3,4 (pp. 209-210), que sin duda se inspiró en una constitución del emperador Justiniano del año 531 (Cód. 3,1,16). Vid. supra la recusación judicial en el Derecho romano-visigótico.

Por lo que respecta al juez ordinario aunque en principio no se admite su recusación por ser «*escogido del Rey por bueno*» sí cabe en caso de sospecha, que se acompañe en su actuación judicial de uno o dos hombres buenos «*que oyan aquel pleyto e lo libren con el en uno derechamente*»¹⁰⁹. Esta solución a pesar del cambio en la persona del acompañante —el obispo en la tradición romano-visigótica— parece reconducirse al *coniudex a iudice suspecto* característica de la misma, aunque con alguna salvedad¹¹⁰.

A diferencia del Espéculo y del Fuero Real que a continuación del procedimiento de recusación judicial señalaban las causas válidas de sospecha (Espéculo 5,2, 4 [5]; Fuero Real 1,8,10), las Partidas al no exigir su alegación y prueba, omiten este aspecto por más que diversos preceptos fijan indirectamente algunas de las más frecuentes. Así al tratar del comportamiento de los jueces que deben evitar una desmedida confianza con cualquiera de las partes (3,4,8), o al señalar la inhibición forzosa del juez ordinario en aquellos pleitos en los que litiguen su padre, hijo o algún otro allegado que conviva con él (3,4,9) o al prescribir la necesaria independencia de funciones entre el órgano judicial, el demandante y el demandado (3,4,10). Asimismo a diferencia del Espéculo que no admite la recusación de los jueces avenidores o «*alcalles de avenencia*» las Partidas si la admiten regulando su procedimiento¹¹¹.

Una vez comenzado el pleito ante estos jueces avenidores, si

109. La solución final es idéntica a la del Espéculo 5,2,2 (3) por más que en este texto no se halle tal prevención sobre la recusación del juez ordinario.

110. En este punto difieren claramente el *Dotrinal* y Partidas. El primero recoge parcialmente la tradición romano visigótica de obligar al juez declarado sospechoso a acompañarse del obispo del lugar para conocer conjuntamente del pleito (Nov. de Just., 86,2; Lib. iud. (Reces.), 2,1,22, vid supra) al querer que el juez ordinario tenido por sospechoso acuerde con el obispo la elección de un hombre o dos que juzguen con él. “Pero quando alguno o oviese por sospechoso, debe entonçe el juez ordinario porsi mismo aver acuerdo conel obispo del logar e descoger un omne o dos que oyan aquel pleito e lo libren en uno conel derecha-mente, de manera que ninguna mala sospecha no pueda y naçer” (1,3,4). Por su lado, Partidas se limita a prescindir de la intervención del obispo haciendo que el juez ordinario “por sí mismo” escoja un hombre bueno o dos que libren conjuntamente con él el pleito.

111. Espéculo, 5,2,1 (2); Cfr. Partidas, 3,4,31; *Dotrinal*, 1,4,4.

una de las partes descubriese que cualquiera de ellos es su enemigo o pretende actuar en contra suya «*por precio o por don*» de su contendiente¹¹², debe efectuar la recusación ante hombres buenos del lugar de modo que deje claro su propósito de apartarle del conocimiento de la causa¹¹³. Pero si el avenidor así recusado no quisiera inhibirse entonces el recusante deberá acudir al juez ordinario para que sea él quien lo disponga dejando sin efecto la actuación ulterior del mismo.

d) *Ordenamiento de Cortes de Alcalá de Henares de 1348*

El Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348¹¹⁴ confirma el esquema legal anterior sobre recusación del juez ordinario aunque su orientación y el procedimiento de llevarlo a cabo sufren ciertas modificaciones. Así ya no es el peligro que encierra ser procesados ante un juez sospechoso de parcialidad el que mueve a regular la recusación judicial —esto es más bien propio de una institución nueva, extraña al ordenamiento jurídico tradicional, cuya presencia en los textos debe ser justificada— sino los inconvenientes derivados de su práctica los que aconsejan ahora su regulación¹¹⁵. En este sentido el Ordenamiento de Alcalá nos muestra una institución plenamente consolidada en la vida judicial.

Sin embargo este principio no se traduce en un sistema restrictivo de aplicación de la misma, sino que el procedimiento que se fija es en esencia el previsto por el *Espéculo* y *Partidas* para la

112. El texto parece indicar con estas expresiones la necesidad de contar con razones objetivas de sospecha aunque sin embargo nada dice respecto a su prueba. “Eso mismo dezimos que deve fazer la parte que oviere sospecha de los avenidores, por precio o por don, que dize que la otra parte les ha dado o prometido”. *Partidas*, 3,4,31.

113. “Quando alguno de los avenidores se descubriese por enemigo de alguna de las partes, despues que el pleyto fuesse metido en su mano puedele e devele afrontar ante omes buenos, que non se trabaje de yr adelante por aquel pleyto, porque lo ha por sospechoso”, *ibidem*.

114. Ordenamiento de Cortes de Alcalá de Henares de 1348, tít. V, ley única: “Que debe fazer el iudgador quando la parte que dixiere que la ha por sospechoso”.

115. “Recusaciones ponen los *demandados* muchas vezes contra los iudgadores maliciosamente por non responder a las demandas que les son fechas”, *ibidem*.

recusación del juez ordinario ¹¹⁶. Sólo una modificación de cierta importancia viene a alterar el esquema legal anterior. Ya no se tiene en cuenta la clase de juez, ordinario o delegado que pretende recusarse para fijar el procedimiento, sino la naturaleza del pleito, civil o criminal, en el que aquélla se produce. Así se alude de forma genérica al «judgador» omitiendo toda referencia precisa a su condición, salvo en el ámbito local donde se le denomina «alcalde».

Sobre esta base se establece el nuevo procedimiento de recusación judicial llamado a tener una larga vigencia temporal en el marco de la jurisdicción inferior ¹¹⁷. El juramento cuya prestación aparecía potestativo en Partidas deviene ahora obligatorio para el que declara sospechoso a un juez ¹¹⁸. Es posible que este juramento como ocurría en la recusación del juez delegado de Partidas tuviese como fin el evitar la malicia de alargar el pleito con su interposición; de todas formas su generalización y obligatoriedad vendría a dar respuesta global a la situación anómala que recoge el proemio de la ley, aparte de garantizar una mayor seriedad en su planteamiento.

Prestado el juramento, si el pleito es civil el juez declarado sospechoso debe tomar por compañero a un hombre bueno para que juzgue con él el pleito. Ambos jurarán sobre los Evangelios que desarrollarán su función «*bien e verdaderamente .. e guardaran derecho a amas las partes*». Si por el contrario el pleito es criminal, este juez deberá reunirse con otro u otros jueces de la localidad para librar «*todos de consuno el pleyto principal*». Pero si estuviera él sólo, entonces los hombres buenos «*que son dados para ver façendas del Conceio*», elegirán dos entre sí, libres de sospecha para juzgar con aquél el pleito. Apurando las dificultades,

116. Espéculo, 5,2,2 (3); Partidas, 3,4,22.

117. Con algunas modificaciones es recogida en recopilaciones posteriores: Ordenanzas Reales de Castilla, 3,5,1; Nueva Recopilación, 4, 16.1; Novísima Recopilación, 11,2,1.

118. “Por ende mandamos que si alguna de las partes allegare que ha por sospechoso al Judgador e lo jurare”, cfr. Partidas. 3,4,22. El juramento sólo tiene sentido en un sistema de recusación judicial en el que no es necesaria la alegación y prueba de la causa de sospecha como ocurre en Partidas y Ordenamiento de Alcalá, no así en aquellos otros que como el Espéculo o Fuero Real sí la exigen. De aquí que estos textos no mencionen el juramento para estos casos.

la ley señala que en caso de no producirse avenencia para la designación de estos dos hombres buenos deberán decidirlo por sorteo, y aun previniendo la posibilidad de que en el lugar no hubiera estos hombres buenos «*de façiencias*» se dispone que el alcalde designe diez hombres buenos de entre los más ricos del lugar los cuales por sorteo designen los dos que acompañarán al juez sospechoso en su tarea.

Respecto a estos pleitos, los procuradores en Cortes de Valladolid de 1442¹¹⁹ informan de las discordias existentes entre los alcaldes llamados a juzgar con el juez declarado sospechoso, de modo que en ocasiones no se ejecutaban sus sentencias por los alguaciles o se hacía a criterio de éstos. La petición se concreta en afirmar de nuevo la vigencia de esta ley de Cortes de Alcalá, concedida por el rey, que presumiblemente no habría de arreglar la situación que originaba tales discordias.

Otro testimonio indirecto de la aplicación de esta ley lo da el *Ordenamiento sobre administración de justicia otorgado por Pedro I a Sevilla* en 1360 donde se regula la posibilidad de alzarse de actuación judicial sin esperar a la pronunciación de sentencia definitiva en algunos casos determinados, entre ellos «*si el juez fuese recusado por sospecha e non quisiese tomar consigo conpannero commo manda en este caso la ley de las cortes de Alcalá de Henares*»¹²⁰.

7. DESARROLLO LEGAL DE LA RECUSACION JUDICIAL EN LA EDAD MODERNA

a) *Introducción.*

La nueva organización judicial de la Baja Edad Media que en lo fundamental se proyecta a tiempos modernos, incide considerablemente en el desarrollo de la recusación¹²¹. Nuevas normas dis-

119. Cuaderno de peticiones, 28 *Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla*, III, 429-30.

120. Ley VIII ed. E. SÁEZ, en AHDE, 17 (1947), 712-750; 722.

121. Sobre la difícil configuración institucional de la alta magistratura castellana en la Baja Edad Media ver, aparte de las obras generales antiguas y modernas, G. VILLAPALOS SALAS, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media*, Madrid, 1976, pp. 252-271;

ponen su aplicación a un cuadro jurisdiccional cada vez más amplio que enriquecen asimismo su contenido. En especial la recusación de la alta magistratura del Reino, miembros del Consejo Real, Alcaldes de Casa y Corte, oidores de las Chancillerías y Audiencias, que carecía de normativa propia, fue debidamente regulada, completando de este modo la existente que quedó desde entonces referida a la recusación de los jueces locales, ordinarios o delegados.

En este sentido el Ordenamiento de Cortes de Toledo de 1480¹²² que reorganiza la administración de justicia en la Corona de Castilla y, sobre su base, las Ordenanzas de Medina del Campo de 1489¹²³

M. A. PÉREZ DE LA CANAL, *La justicia de la Corte en Castilla durante los siglos XIII al XV*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 2 (1975), 383-481.

122. *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, publicados por la Real Academia de la Historia, I-V, Madrid, 1861-1903 (en adelante, Cortes de León y Castilla) IV, 109-194. Ver un resumen de su contenido, con la bibliografía de la aportación precedente, en A. PÉREZ MARTÍN, *La legislación del Antiguo Régimen (1474-1808)*, en *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, prólogo de M. Peset, Universidad de Valencia, 1978, pp. 39-40. La ley 42 de estas Cortes que trata de la recusación de miembros del Consejo Real, Alcaldes de Casa y Corte, oidores de la Chancillería, pasó a Ordenanzas Reales de Castilla, 3,5,3; N. Rec., 2,10,1; Nov. Rec., 11,2,3.

123. Estas Ordenanzas de los Reyes Católicos constituyeron la regulación básica de la Real Chancillería de Valladolid, ed. *Libro de las Bulas y Pragmáticas* de J. RAMÍREZ (1503), ahora nuevamente publicado por el Instituto de España, con un prefacio por A. García-Gallo y M. A. Pérez de la Canal (Madrid, 1973), fols. 49R-60V; las edita asimismo M.^a de la Soterraña Martín Postigo, en su *Historia del Archivo de la Real Chancillería de Valladolid* (Valladolid, 1979), páginas 472-493. Sólo el núm. 25 trata de la recusación judicial, precepto que pasó a N. Rec., 2,10,2; Nov. Rec. 11,2,4. Las ordenanzas anteriores de la Chancillería de Valladolid de 1485 y 13 de abril de 1486 han sido publicadas por M. A. PÉREZ DE LA CANAL, *La justicia*, ob. cit., pp. 443-461 y 461-481, respectivamente. Ninguna de ellas alude a la recusación judicial aunque distintos preceptos intentan evitar las "causas de sospecha" de los litigantes prohibiendo aquellas relaciones o situaciones que las pudieran motivar (1485, cap. 11,12,13,15; 1486, capítulos 16,17,18,20).

La *Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de su Majestad*, Valladolid, 1765 dedica el título 1.º del Libro III (fol. 101 R-107 R), a la recusación judicial. Es más expresivo del con-

y de Madrid de 1502 ¹²⁴, cuyo régimen legal se extendió a las Indias, vienen a dotar de un régimen legal específico, distinto del ordinario o común de la jurisdicción inferior, la recusación de los órganos jurisdiccionales supremos. Posteriormente, diversas normas completarán esta regulación básica afirmando unas veces, modificando otras, la orientación inicial.

Si acudimos a la Nueva Recopilación donde se recoge el régimen legal general de la recusación judicial en Castilla durante la Edad Moderna, hallamos leyes de Cortes y pragmáticas reales, ordenanzas del Consejo Real y de la Audiencia, autos acordados y capítulos de visita. . de diferentes años, aunque centrados fundamentalmente en los reinados de los Reyes Católicos y de Felipe II. Existe así un régimen general que se compone de diversos materiales legislativos y otro específico de estos organismos que logran especial desarrollo en sus ordenanzas respectivas ¹²⁵.

tenido de estas ordenanzas el título anterior de esta Recopilación: "*Recopilación de las cédulas y provisiones, visitas y ordenanzas que los señores Reys Católicos de gloriosa memoria y su Magestad el Emperador y Rey don Carlos su nieto nuestro señor an embido y proveydo para esta su Real Audiencia y Chancillería de Valladolid y de los autos y mandamientos que para la buena administración de la justicia y expedición de los negocios se han hecho y mandado guardar por los señores Presidente y Oydores de la dicha audiencia por cuyo mandato agora se han impresso. Valladolid 1545, 1566 y 1765. Legislación real y autos acordados de la Audiencia constituyen la base de su regulación sobre la recusación judicial. Aparte de la bibliografía que cita PÉREZ MARTÍN sobre la Chancillería de Valladolid, *Legislación*, ob. cit., pp. 73-74, ver R. L. KAGAN, *Pleitos y poder real. La Chancillería de Valladolid (1500-1700)*, en *Cuadernos de Investigación Histórica*, 2 (1978), 291-316; P. MOLAS RIBALTA, *La Chancillería de Valladolid en el siglo XVIII*, ibidem 3 (1979) 231-257.*

124. Son las famosas *Ordenanzas para abreviar los pleitos* de 4 de diciembre de 1502 que revocan las hechas también en Madrid el 21 de mayo de 1499; en *Libro de las Bulas y Pragmáticas*, fol. 64 R-76 R. Las ediciones en C. HAEBLER, *Bibliografía ibérica del siglo xv* (La Haya, Leipzig, 1903), núms. 355, 356, 357 y 356 bis (pp. 167-168 y 362); 2.^a parte (La Haya-Leipzig, 1917), núms. 355, 356 bis, 357 (pp. 103-104), cit. en n. 32 del Prefacio.

Estas ordenanzas constituyen asimismo el régimen básico de recusación judicial en el Derecho indiano como dispuso el emperador Carlos en las ordenanzas de la Audiencia de 1510 y confirmaron sus sucesores. Cfr. Recopilación de leyes de Indias, 5,11,1.

125. La promulgación de la Nueva Recopilación como único texto

Ahora bien, con independencia de lo dispuesto en estas ordenanzas de régimen interno, interesa destacar la línea general de esta legislación centrandó nuestra atención en la normativa general de la recusación judicial, sin perjuicio de profundizar en su mejor conocimiento refiriéndonos secundariamente a la regulación específica de estos órganos judiciales. En la medida que no existe una cerrada construcción legal del tema parece conveniente mostrar el desarrollo individual de esta legislación antes de pasar a reconstruir el sistema de recusación judicial en este período, que abarca hasta la crisis judicial del Antiguo Régimen a mediados del siglo XIX.

legal vigente derogando la legislación anterior no recogida, a salvo el Derecho supletorio, respetó sin embargo el régimen legal de las Audiencias "en lo que no fueren contrarias a las leyes de este libro". En este sentido es posible un análisis particular de la recusación judicial tal como aparece en la regulación específica de estos organismos. Sin embargo, hemos optado por integrar las normas de los mismos en el régimen general de la recusación judicial (sin perjuicio de aquel otro análisis especialmente interesante en lo que respecta a las Ordenanzas de la Chancillería de Valladolid) por considerarlo más positivo para un cabal conocimiento del instituto que en definitiva, debía estar regulado conforme a lo dispuesto en la Recopilación. En este sentido es significativa la noticia de FERNÁNDEZ DE AYALA, en su *Práctica y formulario de la Chancillería de Valladolid* (Valladolid 1667), p. 5 sobre la lectura de los títulos de la Recopilación y en su caso de las leyes que atañen a la Chancillería al comienzo del año judicial. "Y en este estado (alude al asiento de los magistrados en la Sala de Audiencia Pública) el Relator más antiguo tiene el libro de la nueva recopilación y lee lo tocante a la Chancillería por los títulos y en llegando a la ley que es necesaria o conviene que se lea, lo manda el Presidente y hecho esto, reconocido cada uno en su obligación... el Presidente manda a todos cumplan con la suya".

Por lo que se refiere a los Autos acordados del Consejo Real tocantes a la recusación judicial (de 19 de julio de 1561, 27 de enero y 28 de mayo de 1571, 19 de noviembre de 1583, 28 de septiembre y 23 de noviembre de 1584, 7 de octubre de 1585, 9 de octubre de 1596, 20 de noviembre de 1617) incorporados en algún caso a las Nueva y Novísima Recopilaciones o, desde 1618 impresos en volumen aparte o como tomo IV de la Nueva Recopilación. (Ver sus ediciones en PÉREZ MARTÍN, *La Legislación*, 65) cubren algunos aspectos de interés como el relativo a la recusación de los alcaldes de Corte y de los del crimen.

b) *Recusación de la alta magistratura del reino.*

1) Primeros tiempos legislativos.

Después de haber sido regulada la recusación de los jueces ordinarios y delegados por el Ordenamiento de Cortes de Alcalá de Henares de 1348, regulación que perduró como peculiar de la jurisdicción inferior hasta el fin del Antiguo Régimen a través de su inclusión en las Recopilaciones oficiales¹²⁶, se hacía necesaria una nueva normativa que contemplase la recusación de la alta magistratura del reino, trabajosamente configurada a lo largo de la Baja Edad Media. El Ordenamiento de Cortes de Toledo de 1480 dispuso para ella en su ley 42¹²⁷ un régimen de recusación judicial distinto al citado, al tiempo que puso las bases para una normativa ulterior que vino a enriquecer su contenido institucional.

Esta ley reconoce con carácter general el derecho a recusar miembros del Consejo Real, alcaldes de Casa y Corte y oidores de la Audiencia, a partir de un doble condicionamiento: que se haga «*jurando la sospecha en devida forma*» y presentándola «*honestamente*» esto es sin malicia procesal. De este modo se da curso legal a la demanda de recusación que primeramente es analizada por los colegas del declarado sospechoso, consejeros, alcaldes de Casa y Corte, oidores, según el caso, «*breve i sumariamente, sin facer autos ni processos*» para ver si no carece de fundamento «*es cierta i verdadera*». Considerándose justificada, el efecto inmediato es la inhibición del recusado correspondiendo a sus colegas el conocimiento de la causa. Ahora bien, si el pleito es criminal aunque no exista mayor justificación de la sospecha hacia los alcaldes, siempre que sea solicitado por una de las partes, deberán acompañarse de un consejero u oidor, diputado por sus colegas del Consejo o de la Audiencia. Del precepto se deduce que al igual que la parte recusante los jueces deberán jurar sobre los Evangelios que «*bien e derechamente librarán el pleito*» como disponía el derecho antiguo para estos casos.

Hallamos aquí planteada, no muy claramente por cierto, una

126. (Ordenanzas Reales de Castilla, 3,5,1); N. Rec., 4,16,1; Nov. Rec. 11,2,1.

127. Cfr. nota 122.

novedad institucional que irá precisándose en la normativa posterior. Es la obligación legal de alegar justa causa de sospecha en las demandas de recusación judicial de la alta Magistratura del reino; alegación —y prueba— que no era exigida por aquellos de nuestros textos bajomedievales, Partidas, Ordenamiento de Cortes de Alcalá de Henares de 1348, que seguían fielmente en este punto la tradición romanojustiniana, pero que sí lo era por aquellos otros más apegados a la tradición canónica, Espéculo y Fuero Real ¹²⁸.

No es seguro sin embargo la influencia directa de esa línea institucional en la regulación que comentamos. Más bien parece ser un medio normal de evitar la proliferación de tales demandas, especialmente graves por el descrédito que comportaban en la pretendida objetividad de los órganos superiores de la administración de justicia, a parte de otras secuelas procesales ¹²⁹. En todo caso, esta fue una de las notas que más sirvió para caracterizar e individualizar la recusación judicial de la alta Magistratura, frente aquella que se practicaba en la jurisdicción inferior la cual no requería ir acompañada de expresión de causa de sospecha ¹³⁰.

El elevado número de recusaciones infundadas y maliciosas a miembros del Consejo, oidores y alcaldes de Casa y Corte, con el consiguiente perjuicio moral de los jueces y el alargamiento de los pleitos, determinó la adopción de una política más severa en esta

128. Ver supra.

129. Esto se ve claro por lo que se refiere a Navarra en las *Ordenanzas de visita de Valdés de 1525* (cap. XI); allí se dispone que para evitar las recusaciones maliciosas del Presidente y miembros del Consejo Real, con sus secuelas de dilación procesal y ofensa al prestigio de los jueces, no sólo es necesario alegar justa causa de sospecha sino también probarla bajo pena de doscientas libras al que lo intente infundadamente contra el Presidente y de cien para los restantes miembros del Consejo. Ver el texto en cuestión en J. M.^a ZUAZNAVAR, *Ensayo histórico crítico sobre la legislación de Navarra* (1829) reed. Pamplona, 1966, vol. II, 97-113; 100-101. Ver en general J. SALCEDO IZU, *El Consejo de Navarra en el siglo XVI*, Pamplona 1964.

130. Ver por todos la exposición crítica de este sistema dual, en CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, 2.^a ed., Madrid 1794, t. 1, pp. 508-558. Esta misma situación, algo matizada, se daba en otros reinos peninsulares: Navarra, Cataluña. Ver luego su análisis.

esfera de la recusación judicial por los Reyes Católicos. Las ordenanzas dictadas por estos reyes en Medina del Campo a 29 de marzo de 1489 las cuales regulaban la organización y funcionamiento de la Real Chancillería de Valladolid disponían en su cap. 25 una pena del diezmo del total del pleito hasta una cuantía máxima de 30.000 maravedís para aquellos que una vez iniciada la causa de recusación con el juramento de la veracidad de su sospecha no llegasen a probar el fundamento de la misma. La cuantía de la pena que en el caso de los alcaldes de la Audiencia era la mitad de la señalada para el Presidente y Oidores, se repartía a medias entre el juez injustamente declarado sospechoso y la propia Audiencia «para los reparos de la casa de nuestra Audiencia»¹³¹.

131. Cfr. nota 123. Este precepto pasó como queda dicho a N. Rec., 2,10,2; Nov. Rec., 11,2,4. En Navarra, Las Cortes de Pamplona de 1642, en su ley 76, fijaron las cantidades que debían depositar los recusantes del regente y demás jueces del Consejo y Alcaldes de Corte, pues “con ser tan necesario, que haya ley que la determine, no la hai en este reino” aunque sin embargo “en los tribunales es assentada cosa y estilo entre otras cosas, que los que recusaren a Jueces hayan de depositar ciertas cantidades en que hai variedad no fixa”. El régimen legal dispuesto es el siguiente: para alegar causas de recusación contra el regente se deben depositar cien libras. No admitidas por válidas aquéllas es condenado a su pérdida. Si por el contrario son admitidas y no probadas luego, la pena es de trescientas libras que tuvo que depositar previamente. De manera parecida se gradúa la pena del que alega y no prueba las causas de recusación contra los restantes jueces del Consejo: en el primer caso —alegación no admitida— cincuenta libras, en el segundo —admisión de la alegación pero no prueba— doscientas. “En razón de los Alcaldes de Corte, en el primer caso treinta libras y en el segundo ciento”. Recoge la ley extractadamente A. CHAVIER, *Fueros del Reyno de Navarra desde su creación hasta su feliz unión con Castilla y recopilación de las leyes promulgadas desde dicha unión hasta el año 1685*, Pamplona 1686, 2,1,26. Y más completa, J. DE ELIZONDO, *Novísima recopilación de las leyes del reino de Navarra, hechas en sus Cortes generales desde el año de 1512 hasta el de 1716, inclusive*, Pamplona 1716, 1735 (hay reimp. de esta última edición, Pamplona 1946), 2,1,45. La anterior *Ordenanza de visita de Valdés* (cfr. nota 129) fue obviamente ignorada, como la mayor parte de la legislación real, en estas recopilaciones generales del reino.

En Cataluña, las Cortes celebradas en Lérida en 1301, bajo Jaime II, cap. 14 (= *Constitutions y altres drets de Cathalunya*, Barcelona 1704 (ed. facs., 1973, 3,3,1) dispusieron que siendo insuficiente o falsa la

Aunque en la norma no se indica expresamente, era competencia de los propios colegas del recusado ponderar la justa causa de recusación. Este extremo viene aclarado suficientemente por otra norma posterior de los Reyes Católicos dada en Madrid el 4 de diciembre de 1502¹³². Aquellos miembros del Consejo, oidores o alcaldes, que no fueran declarados sospechosos, examinarían el escrito de recusación sopesando la justicia de las causas alegadas y aun la probabilidad de efectuarse la recusación si fueran probadas. En este caso se admitía a prueba el escrito de recusación; en caso contrario, desestimando su fundamento inicial, no se recibía a prueba ni se hacía constar en el acta del proceso y además se castigaba al que la había solicitado con la pena de 3.000 maravedís por cada juez que hubiera declarado sospechoso, la mitad para el interesado y la otra mitad, según los casos, para el Consejo o la Audiencia. De esta decisión y condena no había lugar a súplica.

Otros dos preceptos de estas mismas Ordenanzas de 1502, reunidas en una sola ley en la sistemática de las recopilaciones¹³³, intentan resolver algunos problemas planteados en torno al procedimiento de recusación de estos jueces.

Para poner fin a la práctica, frecuentemente dilatoria, de interponer el escrito de recusación judicial en cualquier momento del proceso, se acordó dividirlo a estos efectos en dos tiempos diferentes según estuviese o no «*concluso para definitiva*». Sólo en el estadio anterior a esta conclusión podía solicitarse la recusación, de acuerdo con lo establecido por la normativa general vigente. En el tiempo posterior quedaba totalmente prohibida su interposición, salvo por surgir una nueva causa de sospecha que en un primer análisis pudiera ser tomada en consideración por los jueces. En este caso el alegante de la nueva causa de sospecha después de estar el pleito «*concluso para definitiva*» debía depositar la suma de 30.000 maravedís en manos de quien nombrasen los miembros del Consejo u oidores, repartiéndose por mitad entre la Cámara regia y el juez afectado de no ser debidamente probada. El mismo pre-

causa de sospecha el recusante fuese condenado a las costas del proceso.

132. Cfr. nota 124. El cap. 21 de estas Ordenanzas pasó a N. Rec., 2,10,3; Nov. Rec., 11,2,5.

133. Caps. 22 y 37 = N. Rec., 2,10,4; Nov. Rec., 11,2,6.

cepto admite una segunda excepción al principio general antes aludido, al permitir solicitar la recusación a la parte que jurase haber llegado a su conocimiento noticia de una posible causa de recusación, cuya prueba debía lograrla mediante propia confesión jurada del juez implicado, para lo cual adjuntaría al escrito de recusación las «*posiciones*» que deben ser respondidas por éste en el mismo día de su presentación.

Previendo la posibilidad de que la pobreza del litigante le forzase a desistir de la petición de recusación por falta de medios para hacer el depósito inicial, se encomienda a los jueces que en atención a la persona y a la cuantía del pleito valoren la oportunidad de recibir su fianza. Posteriormente en tiempos de Felipe II se matiza esta norma en el sentido de exigir al pobre el pago de este depósito inicial, si resultara que debe efectuarlo, «*quando tuviere bienes*»¹³⁴.

La fuerza de las circunstancias obligó a adoptar una solución semejante a la dispuesta en su día por la legislación romano-justiniana cuyo eco se percibe en esta norma bien directamente o a través de nuestros textos de inspiración romanista que recogen así mismo la fijación de un momento procesal idóneo para interponer la recusación judicial¹³⁵.

Por otro lado, para evitar dilaciones en la resolución del pleito principal, se dispone en las mismas ordenanzas de Madrid un régimen de sustitución de los miembros recusados del Consejo o de la Audiencia por letrados escogidos por ellos, a fin de que sin aguardar la decisión de la recusación solicitada pueda resolverse por los jueces no recusados y estos letrados la causa principal, siempre que la parte «*en cuyo perjuicio se hace la tal recusación*» no prefiera que se determine primero ésta. En cuanto que son llamados a desempeñar una función judicial estos letrados pueden ser a su vez recusados, aunque las ordenanzas limitan este derecho a los nombrados por vez primera. Una elevada sanción económica, quince mil maravedís castigaba asimismo la declaración de sospecha contra estos letrados no probada posteriormente¹³⁶.

134. N. Rec., 2,10,5; Nov. Rec., 11,2,8.

135. Ver supra.

136. N. Rec., 2,10,4, in fine, Nov. Rec., 11,2,6.

2) Consolidación y reforma.

En tiempos de Carlos I y Felipe II nuevas disposiciones vienen a completar y en ocasiones a modificar el régimen anteriormente descrito. Estas normas constituyen el grueso de la legislación recogidas por las recopilaciones castellanas, un total de quince normas que encuentran su colofón en la Pragmática de Felipe II de 10 de octubre de 1574, la cual, en cierta manera, viene a reconsiderar el tema de la recusación judicial a partir de las numerosas puntualizaciones realizadas desde la legislación básica de los Reyes Católicos. En la medida en que ninguna de estas normas toca aspectos centrales de la recusación judicial, no alteran sensiblemente el régimen legal anterior completando más bien y en ocasiones modificando parcialmente su contenido.

El emperador Carlos y su hijo el príncipe Felipe resolvieron en Madrid a 24 de mayo de 1552, en respuesta a ciertos capítulos que quedaron de las Cortes de Valladolid de 1548, algunos problemas relacionados con la excesiva duración del procedimiento de recusación entre ellos el planteado por la prueba de las causas de sospecha que la malicia de algunos litigantes llevaba a alargar en lo posible¹³⁷. A tal fin ordenaron a los miembros del Consejo y oidores que marquen a su discreción un plazo a los recusantes para efectuarla, con tal que no exceda «*de los Puertos aca cuarenta dias i de los Puertos allá sesenta dias*». Asimismo se limita a seis el número de testigos presentados por cada pregunta formulada en el escrito de recusación. A punto de pronunciar la sentencia, una vez firmada, no se debe admitir ningún escrito de recusación. Finalmente se ordena no perdonar las penas previstas para la recusación indebidamente solicitada «*salvo con gran causa*».

Las siguientes normas completan el régimen general de la recusación de miembros del Consejo, alcaldes y oidores. Así se dispone la obligación que tienen los jueces declarados sospechosos de responder bajo juramento a las preguntas «*no criminosas*» que se les formule por la parte a la que previamente se le ha reconocido el derecho a pedir la recusación. En el mismo precepto y sin guardar mucha relación con lo anterior se declara el carácter apelable de la sentencia o auto en que el declarado sospechoso «*se pronunciare*

137. N. Rec., 2,10,6; Nov. Rec., 11,2,9.

por no recusado»¹³⁸. Este extremo, como el que se recoge más adelante referido a que las recusaciones que se ponen contra el Presidente y oidores de la Audiencia no se leerían en Sala sino que se presentarían previamente al Acuerdo para allí proveer sobre las causas aducidas¹³⁹, tienen su origen en el Acuerdo de 11 de diciembre de 1516 con el que se inicia el título dedicado a las recusaciones en la Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid de 1765¹⁴⁰. En la Nueva Recopilación aparecen en un caso atribuidas sin mayor concreción a Felipe II (2,10,7) y en otro (2,10,9) sin referencia alguna que permita su identificación. Por otro lado, aunque el número 1 de estas Ordenanzas de la Audiencia de Valladolid se dispone que: «*De la sentencia o auto en que un oydor se pronunciare por recusado, o por no recusado, haya grado de revista*», al margen se recoge un auto acordado de la Audiencia de 16 de enero de 1551 por el que «*ya no se admite suplicacion quando dan al Oydor por recusado*». A nivel general sin embargo (N. R., 2,10,7; Nov. R., 11,2,10) se mantiene el principio anterior de admitir la apelación por las partes del auto que concede o deniega la recusación judicial.

Una nueva norma dictada por Felipe II en Madrid en 1565¹⁴¹, prohíbe a los alcaldes de las Audiencias conocer las causas de recusación de los oidores a pesar de que hubieran llegado a intervenir en algún pleito con ellos, por falta de número o por existir discordias entre sí, y esto no solamente en el caso de que tuvieran

138.¹ N. Rec., 2,10,7; Nov. Rec., 11,2,10. En ambos casos la norma se atribuye sin más noticia a Felipe II. Sin embargo su origen parece estar en el Auto acordado por la Real Chancillería de Valladolid de 11 de diciembre de 1516 que inicia el título dedicado a las recusaciones en la Recopilación de Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería (lib. 3, tít. 1). Allí se dice, prf. 2: «*Pidiendo la parte que el Oydor recusado jure y declare sobre las causas de recusación, sea obligado a jurar o declarar y responder a las posiciones no criminosas*». Y en el prf. 1: «*De la sentencia o auto en que un oydor se pronunciare por recusado o por no recusado haya grado de revista*». Ensamblándolas reproduce casi exactamente el contenido de la ley.

139. N. Rec., 2,10,9; Nov. Rec., 11,2,12; El auto acordado de la Audiencia antes citado establecía ya este principio.

140. Cfr. supra, n. 123.

141. N. Rec., 2,10,8; Nov. Rec., 11,2,11.

que actuar solos, sino incluso acompañados de otros oidores o del mismo Presidente de la Audiencia. Sin embargo, el número 4 de la Ordenanzas recopiladas de la Audiencia de Valladolid recoge una Real Cédula fechada en esta ciudad el 3 de junio de 1558, que dispone acerca del conocimiento de las causas de recusación de un oidor que entendiere junto con los alcaldes de un pleito criminal. En este caso habiendo tres alcaldes entenderán ellos solos del tema, pero no habiéndolos entrará un oidor por cada alcalde que falte. Ahora bien, y en este punto coincide con la norma recogida en R. 2,10,8 (= Nov. R., 11,2,11), si el oidor conociese de este pleito criminal por discordia o remisión de los alcaldes y no como uno de éstos, si fuese recusado entenderían de este asunto sólo los oidores en su Acuerdo.

A otro nivel, un auto del Consejo de 14 de julio de 1551¹⁴² admitía que, recusado algún miembro del Consejo nombrado para conocer junto con los alcaldes de Casa y Corte algún asunto criminal, fuera apreciada la causa de la sospecha conjuntamente por el Consejo y los alcaldes, respetándose el régimen legal de depósito y sanción previsto para la recusación de estos jueces.

Por lo que respecta a los alcaldes de hidalgos se dispone que a cada alcalde recusado le sustituya un oidor de modo que no se paralice el conocimiento del asunto principal¹⁴³.

Por último, dentro de este primer grupo de preceptos heterogéneos, se incluye un capítulo de las Ordenanzas de la Contaduría (17) aprobadas por el príncipe Felipe en La Coruña a 10 de julio de 1554¹⁴⁴, por el que se extiende el régimen de recusación previsto para los miembros del Consejo y oidores de la Audiencia a los Contadores mayores y a los oidores que residen en la Contaduría mayor, aplicándoles las Ordenanzas de Medina de 1489, de Madrid de 1502 y legislación posterior tocante a la recusación de

142. *Autos acordados antiguos y modernos del Consejo*. Madrid, 1723. Primera parte (comprende los autos acordados entre 1532 y 1648) auto XI; en la edición de 1745, constituyen el tomo III de la Nueva Recopilación y los autos se distribuyen conforme al orden sistemático de ésta, así aparece en el lib. 2, tít. 10, auto L.

143. N. Rec., 2,10,10; Nov. Rec., 11,2,13.

144. N. Rec., 2,10,11; Nov. Rec., 11,2,14. Ver L. RAMÍREZ DÍEZ, *El Tribunal y Audiencia Real de Cuentas. Orígenes de la Contaduría Mayor de Castilla*, Revista Histórica (Lima), 27, 1964, pp. 352-392.

consejeros, alcaldes de Casa y Corte y oidores. Por auto del Consejo de 27 de enero de 1571 se dispuso que la recusación solicitada de un comisario de la Contaduría se determinase en el propio Consejo ¹⁴⁵.

Por Real Cédula de 14 de abril de 1554 recogida íntegramente en el número 3 de la Recopilación de Ordenanzas de la Audiencia de Valladolid y asimismo en N. Rec., 2,10,12 (con la supresión de una vocal que dificulta la comprensión de las instancias procesales, error que pasó igualmente a Nov. R., 11,2,15), se modificó el planteamiento del tiempo procesal hábil para interponer escrito de recusación judicial a los miembros del Consejo, oidores de la Audiencia, etc. A la vista de las pretensiones de algunos litigantes de presentar su escrito de recusación en cualquier momento del proceso alegando que algunos de los pleitos tramitados ante el Consejo y las Audiencias, como eran los de mayorazgos, residencias, de segunda suplicación, eclesiásticos o de remisión, carecían de la «conclusión de que habla la ley de Madrid» y por tanto no les afectaba este límite, se ordenó que estos casos el plazo hábil para presentar el escrito de recusación fuera de treinta días (*el lapso de los dichos treinta días se tenga por conclusión*) y para conocer fehacientemente el día en que comenzaron los pleitos de segunda suplicación o vista o revista de remisión, se obliga a los escribanos de Cámara del Consejo y a los de las Audiencias que los asienten en los mismos procesos. Esta norma se extiende en 1559 a las personas e instituciones a quienes compete restitución (menores, universidades, Iglesia) ¹⁴⁶.

Más adelante, el 24 de febrero de 1559, se insiste sobre uno de los supuestos aquí contemplados, la recusación en grado súplica, disponiendo no recibir a prueba de nuevo las causas alegadas en primera instancia como medio de evitar dilaciones en la administración de justicia. A tal fin se ordena que confirmado el auto de vista por el que se rechaza la recusación en grado de súplica no hubiera ya más instancias. Asimismo se limita la capacidad recusatoria del tercero opositor a la que tuviese el principal. Otro supues-

145. Autos acordados del Consejo, (1723) auto LXII; (1745), III,2,10, auto 3.

146. N. Rec., 2,10,16; Nov. Rec., 11,2,18, cfr. Ordenanzas Audiencia de Valladolid, lib. 3, tít. 1, fol. 104 V.º, núm. 13.

to contemplado en esta Real Cédula, en la línea de los anteriores, fija en treinta días el plazo concedido para recusar al juez de distinta Sala que por falta de jueces fuese nombrado para atender un pleito ¹⁴⁷.

Aunque limitada sólo a los autos y provisiones interlocutorias una Real Cédula de septiembre de 1556 ¹⁴⁸ facultaba a los compañeros del recusado, y si el número no era suficiente podían nombrarse jueces de distinta Sala, a determinar los autos y provisiones interlocutorias que se debieran de hacer antes de la conclusión del pleito «*para definitiva*». Para la fijación de la sentencia en grado de vista o revista debía esperarse a la declaración sobre la recusación del juez y ello porque, como se dice en esta norma, «*la recusación suspende el conocimiento de la causa*».

Al rey Felipe II corresponde asimismo haber doblado la sanción económica prevista para aquel que no lograra probar las causas de sospecha aducidas en la demanda de recusación ¹⁴⁹. La cuantía fijada ahora es de 60.000 maravedís en los casos de solicitud indebida de recusación de miembros del Consejo y oidores de Audiencias; y de 15.000 en los de alcaldes de Corte y de las Audiencias. Además se introduce una novedad en el reparto de la sanción destinada a disuadir más que cualquier otra medida la presentación «*maliciosa de recusaciones*». Se dispone que esta cantidad se reparta por mitad entre la Cámara real y «*la parte contraria del que recusare*» premiando de este modo la actitud no recusatoria, por

147. N. Rec., 2,10,16; Nov. Rec., 11,2,18. Todas estas medidas tendientes a reducir la dilación procesal que comporta la recusación judicial fueron adoptadas a consulta de la Audiencia de Granada por Real Cédula fechada en Valladolid el 4 de febrero de 1559, sobrecortada por otra para la Audiencia de Valladolid fechada en esta ciudad el 12 de mismo mes y año. Cfr. *Ordenanzas Audiencia de Valladolid*, ibidem, fol. 104 R-V.º; núms. 5 a 11.

148. N. Rec., 2,10,14; Nov. Rec., 11,2,16.

149. Ver la Real Cédula fechada en Madrid el 29 de marzo de 1563 en *Recopilación de Ordenanzas Audiencia de Valladolid*, 3,1, núm. 14; La Real Cédula fechada en el Bosque de Segovia a 27 de abril de 1565, que fue la que pasó a las Recopilaciones (N. Rec., 2,10,17; Nov. Rec., 11,2,7) no hacía mención, a diferencia de la anterior, de la pena prevista para la demanda indebida de recusación del Presidente, cuya cuantía se eleva ahora a 120.000 maravedís. En nota (7) añadida al título de recusaciones de la N. Rec., se da cuenta de esta subida.

interés o conveniencia también a partir de entonces, de cualquiera de los litigantes ¹⁵⁰.

La Nueva Recopilación en el título dedicado a la recusación de la alta Magistratura incluye también la de los relatores (2,10,18); se dispone que el recuse a un relator deberá pagar «*enteramente*» todos los derechos correspondientes por el pleito al que se nombrase por compañero y esto es así aunque no haya «*visto ni trabajado en el dicho pleito*» ¹⁵¹.

150. En Navarra, las *Ordenanzas de visita de Valdés* (1525) ya preveían un reparto de la pena prevista para el que no probase la causa de sospecha contra el presidente y miembros del Consejo Real, «*la mitad para los estrados del dicho nuestro Consejo y la otra mitad para los recusados*». (Ord. XI), en ZUAZNAVAR, *Ensayo histórico crítico*, II, 101.

151. Respecto a la recusación del relator se planteó una interesante pugna entre el rey y los representantes del reino de Navarra en las Cortes celebradas en Pamplona en 1632.

Se pedía por éstos que frente al estilo nuevo del Consejo de no admitir como prueba de la causa de sospecha el juramento de los recusantes, disponiendo por el contrario su prueba por otros medios que acarrearían «costos y gastos», se proveyere que si el recusante de un relator aducía alguna «causa suficiente» en la demanda de recusación, fuera tenida por probada mediando tan sólo su juramento y si por el contrario no expresaba causa alguna, en este caso se nombrase «otro relator acompañado» a costa del recusante, evitando de este modo las pruebas en este tipo de recusaciones.

Al Decreto denegatorio del rey, en base al escaso número de relatores existentes, lo cual hacía inviable administrativamente y gravoso económicamente para el recusante el nombramiento de un «acompañado», corresponde una «réplica primera» en la que se alega que «el intento principal que el Reino tiene, no es tanto que al Relator recusado se le dé acompañado quanto que se nombre otro en su lugar, excluyéndole de aquel lugar». El nuevo Decreto denegatorio es replicado por segunda vez con razones generales, obteniendo en esta ocasión una parcial confirmación de la solicitud aunque ahora se pretende limitar la facultad de recusar al relator antes de que el pleito se hubiere comenzado a ver «en incidente o definitiva», a no ser que sobreviniese nueva causa de recusación, lo cual provoca una notable réplica tercera del reino cifrada en ocho puntos en los que se insiste en la antigua costumbre que había en el recusar de estos relatores, la cual al haberse demostrado conveniente no exige alteración y, entre otros «*lo sexto, que haviendose reconocido que basta el juramento de la parte, antes que el Relator haga relación para darlo por recusado, lo mismo viene a proceder para después, supuesto que la verdad del juramento para el crédito de la parte*

Por último, una pragmática de Felipe II fechada en Madrid a 10 de octubre de 1574¹⁵² reconsidera globalmente algunos de los puntos antes expuestos ofreciendo una panorámica general y en ocasiones innovadora del régimen de recusación judicial a fines del siglo XVI.

En su introducción, de acuerdo con una regular normativa anterior, se dispone la uniformidad del plazo dentro del cual puede ser presentada la demanda de recusación, que ya no está condicionada a la «conclusión del pleito para definitiva» como disponía la Ordenanza de Madrid de 1502, sino por el plazo de treinta días a contar del momento en que se inicia el proceso. Una vez transcurrido el mismo, no es posible interponer demanda de recusación a no ser en los casos previstos con anterioridad, de surgir nuevas causas de sospecha que pueden motivar la recusación o por conocimiento de algunas causas cuya existencia se ignoraba al tiempo de contarse el plazo.

En el apartado primero de este precepto se recoge el supuesto de recusación judicial en grado de revista ya planteado anteriormente. Esta recusación no puede pretenderse sobre los mismos jueces que intervinieron en la sentencia de vista a no ser por las excepciones ya conocidas de origen de nuevas causas de sospecha con posterioridad a su proclamación o que, aun siendo anteriores, llegasen entonces a conocimiento del recusante como puede probarse por su juramento y confesión del juez.

En el apartado segundo se da cima a una evolución iniciada años antes por la que se respeta la presencia del mismo juez declarado sospechoso no sólo a nivel de autos y provisiones interlocutorias (N. R. 2,10,16) sino de negocio principal. Sólo si el juez declarado sospechoso por una de las partes es recusado finalmente, no deberá intervenir en la formación de la sentencia dejando esta labor a sus colegas no recusados.

Esta medida sólo justificada a la luz de la economía procesal,

tiene tanta fuerza antes como después". El Decreto final admite matizadamente la petición del reino. Ver su desarrollo en ELIZONDO, *Novísima Recopilación de las leyes del Reino de Navarra*, 3,16,13.

152. N. Rec., 2,10,19; Nov. Rec., 11,2,19.

viene a restringir al máximo los efectos de la recusación judicial ¹⁵³.

El apartado tercero por su parte, se reconduce a lo dispuesto en el primero relativo a la súplica del auto en que se deniega la recusación solicitada, señalándose en éste las excepciones ya conocidas de aparición de causa nueva y de noticia de causa desconocida.

El apartado cuarto por vez primera hace referencia expresa a las causas de parentesco o afinidad, amistad o enemistad con cualquiera de los jueces en que se basan algunas demandas de recusación. En ambos casos se impide admitir una demanda basada en una expresión genérica de tales extremos exigiendo por el contrario su máxima concreción. Por auto del Consejo de 9 de octubre de 1596 (N. R., 2,10, auto 9) se declaraba que las demandas de recusación de miembros del consejo basadas en causa de parentesco no debían sobrepasar el quinto grado en causa de consanguinidad ¹⁵⁴.

El apartado quinto toca un aspecto formal de la demanda de recusación exigiendo que el escrito de petición vaya firmado por

153. En Navarra, las Cortes celebradas en Pamplona en 1632, ley 42 establecen dos principios contrarios tendentes a garantizar la eficacia de la recusación: si algún juez del Consejo es dado por recusado no debe hallarse en la Sala "al tiempo que se viere y determinare el pleito en que está dado por recusado". Por otro lado, si el recusado es el regente del Consejo o el que hace sus veces, no pueden "hacer Sala para que se vea", sino que esto compete al juez inmediato del Consejo, CHAVIER, *Fueros del Reyno de Navarra... y recopilación de leyes*, 2,1,25; ELIZONDO, *Novísima Recopilación*, 2,1,44.

154. En el reino de Navarra, las Cortes celebradas en Pamplona en 1596 dispusieron por su ley 32 (temporal, vuelta luego perpetua en 1600, ley 21) que "ningún juez pueda ser recusado por razón de parentesco si no fuere dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad, y que este parentesco se cuente conforme al derecho Canónico". CHAVIER, *Fueros del Reyno de Navarra... y recopilación de las leyes*, 2,1,24; ELIZONDO, *Novísima Recopilación*, 2,1,43. En las recopilaciones catalanas no se contiene la expresión de un principio análogo aunque diversos preceptos prohíben ser juez en las causas en que el padre, el hijo, el suegro, yerno o cuñado sea abogado (Cortes de Monzón, 1542, cap. 16 = Constitutions y altres drets de Catalunya (1704), 3,3,8; Cfr. 4, 9, 12. Este supuesto lo recogen asimismo las recopilaciones navarras (Cortes de Estella 1556, pet. 146). CHAVIER, 2,1,23; ELIZONDO, 2,1,42.

alguno de los abogados del recusante, no considerando válido el presentado sólo con la firma de éste ¹⁵⁵.

El apartado siguiente, recuerda la obligación legal de interponer la demanda de recusación honestamente fundando en verdad la sospecha que la motiva. La pena que sanciona su infracción se ve acrecentada por aquella que discrecionalmente se permite poner ahora al juez a la vista del comportamiento singular del recusante.

El apartado séptimo dispone que el consentimiento de la parte contraria en la demanda de recusación judicial no es suficiente para provocarla sin más, sino que debe esperarse a los autos de los jueces colegas del declarado sospechoso para que se produzca. Esta disposición, que recuerda una vez más el régimen legal de admisión de la demanda de recusación, ponía sin duda límite a una práctica procesal en la que la voluntad de la parte contraria allanaba el camino a la resolución final de los jueces.

Finalmente el apartado octavo dispone que, si una vez presentada la demanda de recusación, el que la hace quiere retirarla antes de que sea dictaminada por los jueces colegas del declarado sospechoso, será condenado a la mitad de la pena prevista por la ley para el que la interpone sin fundamento, quedando a discreción de los jueces el hecho de aumentar o no esta cantidad.

De este modo se ponía punto final a una etapa dedicada a la configuración legal del instituto. En adelante sólo contadas normas vienen a matizar el régimen legal ya expuesto. Así, a Felipe III se le debe una pragmática de 1613 ¹⁵⁶ por la que se rechaza la posibilidad legal de recusar los jueces que votaron y remitieron el pleito en discordia a no ser «*por causas nacidas después de la remisión*». Al mismo rey por resolución a consulta del Consejo de 20 de noviembre de 1617 ¹⁵⁷, se le debe una modificación del plazo legal para interponer válidamente escrito de recusación contra los miembros del Consejo, oidores y alcaldes de las Audiencias.

155. El Derecho catalán establece un principio análogo para la recusación de los jueces de la Real Audiencia, aunque luego en las Cortes de Monzón de 1537, cap. 13 [= Constitutions y altres drets de Catalunya (1704), 3,3,7], se dispuso que no era necesario este requisito de la firma de abogado para la recusación de otros jueces del Principado.

156. N. Rec., 2,10,20; Nov., Rec., 11,2,25.

157. N. Rec., 2,10,21; Nov. Rec., 11,2,26.

«Antes de los quince días próximos y inmediatos al que se hubiere señalado para votar el pleyto» y no el taxativo de los treinta días señalado por la legislación de Felipe II, era el nuevo plazo más elástico otorgado a los recusantes por esta norma. Y este plazo era tomado en cuenta a no ser que las causas que fundamentaban la declaración de sospecha hubieran surgido precisamente dentro del mismo.

c) *La recusación en la jurisdicción inferior.*

El Ordenamiento de Montalvo recoge en el título dedicado a la recusación judicial (3,5 [De las recusaciones de los jueces]) tres leyes: una procedente del Ordenamiento de Cortes de Alcalá de Henares de 1348, la famosa ley del título 5 que apenas sin variantes se recoge en las siguientes recopilaciones¹⁵⁸ y que constituye el régimen legal básico de recusación en la jurisdicción inferior; otra de Juan II dictada en Cortes de Valladolid de 1442, pet. 29, sobre las obligaciones del asesor o «acompañado» del juez declarado sospechoso, obligación de seguir la marcha del proceso no faltando a sus sesiones a no ser que mediase legítimo impedimento bajo pena de satisfacer «los costos y daños que por su culpa se ficieren del proceso retardado». En este sentido al tiempo de ser recibido por asesor debe jurar «hacer su buena y honesta diligencia porque el pleito se fenezca lo más breve que ser pueda». La tercera, correspondiente al reinado de los Reyes Católicos, trata de la recusación de los miembros del Consejo, Alcaldes de Casa y Corte y oidores, para lo que dispone un régimen especial distinto del anterior.

La Nueva Recopilación que separa en libros distintos el régimen legal de la recusación judicial según sea de la alta jurisdicción (2,10) o de la ordinaria y delegada (4,16), se limita a reproducir en este último título las dos leyes antes citadas, añadiendo las confirmaciones posteriores de la ley básica del Ordenamiento de Alcalá de Henares. La Novísima Recopilación, que de nuevo vuelve a reunir en un mismo libro y en un solo título la legislación relativa a la recusación judicial, comienza con estas dos leyes, aunque al final del título incorpora una Real Cédula de Carlos III

158. N. Rec., 4,16,1, aplicando expresamente el régimen legal así previsto a los jueces delegados; Nov. Rec., 11,2,1.

de 27 de mayo de 1766, con inserción de un auto acordado de 13 del mismo mes, por el que se ordena a los jueces ordinarios que no admitan demandas de recusación de «*abogados asesores*» formuladas genéricamente, por considerarlas un «*medio malicioso*» de dilatar «*la breve expedición de las causas*».

Conforme a esta regulación, los jueces ordinarios o delegados podían ser recusados sin expresar motivo, debiendo tan sólo los recusantes alegar su sospecha y jurarla en forma. Ello obligaba al juez recusado a conocer del asunto acompañado de un hombre bueno, normalmente un letrado, comprometiéndose ambos mediante juramento a juzgar «*bien i derechamente*» guardando «*el derecho a ambas partes*»¹⁵⁹.

La doctrina¹⁶⁰ al comentar esta escasa legislación derivó normalmente su comentario hacia la práctica, bien a través de la exposición de su propia experiencia judicial, como Castillo de Bovadilla, o de la general forense como los prácticos, Villadiego, Bayo, Fernández de Herrera Villaroel, limitándose otros como Hevia o su continuador Domínguez a formular los principios legales con adición de aquellos supuestos teórico-prácticos que preocupaban a la doctrina: así, si era posible la recusación de todo un pueblo, o de todos los letrados del lugar, o de un cabildo o ayuntamiento; si aun sin haberse hecho el depósito del salario y costos para el «acompañado» o asesor por el recusante, debía acompañarse el juez recusado; cómo debían resolverse los problemas planteados por la decisión discordante del juez y del asesor, etc. Sólo al final de este período surgió una exposición crítica del sistema legal vigente a cargo del Conde de la Cañada, que preparó el camino de su reforma. La necesidad de alegar y probar la causa de sospecha como ocurría en la recusación de los jueces superiores del reino, constituyó el centro de su disertación sobre la recusación en la esfera inferior de la administración de justicia.

159. Para más detalle ver supra regulación del Ordenamiento de Cortes de Alcalá de Henares.

160. Para la localización de las obras que a continuación se citan ver el comentario hecho luego sobre la doctrina de la recusación judicial.

8. LA DOCTRINA SOBRE LA RECUSACION JUDICIAL

La legislación hasta aquí analizada no ofrece un régimen homogéneo de recusación judicial. A pesar de la recopilación de sus normas no se logró una regulación uniforme en éste como en otros campos. El distinto origen e inspiración de la norma, su contenido a veces diverso del de otras recopiladas sobre la materia, la falta de orden que armonizase, más allá de la mera yuxtaposición de normas afines, la regulación del instituto, fueron otros tantos factores de índole técnica que estimularon la labor doctrinal de los juristas ¹⁶¹. A ellos les corresponde la creación de un sistema, a veces ideal, que resulta de la combinación o simple yuxtaposición en ocasiones, de los Derechos romano justiniano, canónico y real, integrados por la «*communis opinio*» de los doctores que tiende a facilitar la comprensión del tema en toda su complejidad de matices ¹⁶².

En nuestro país los autores se adscriben mayoritariamente a la corriente metodológica que está en la base de la comprensión del Derecho, interpretando y construyendo con orientación eminentemente práctica el sistema normativo ¹⁶³. Esto refuerza la impor-

161. A nivel general, el profesor Sánchez Bella señala los defectos tradicionalmente advertidos en la obra recopiladora —antinomias, normas superfluas no vigentes, insuficiencia e incorrección de algunas de las recopiladas, casuismo, etc.— como uno de los factores que explican la abundancia de la literatura jurídica práctica. Ver *Los comentarios a las leyes de Indias*, en AHDE, 24 (1954), 381-541, en esp. 384-391; R. RIAZA, *Historia de la literatura jurídica española. Notas de un curso*, Madrid, 1930, pp. 121-251.

162. Ver con carácter general B. BRUGI, *Della interpretazione della legge al sistema del diritto*, en *Nuovi Saggi per la Storia della giurisprudenza e delle università italiane*, Turín, 1921, 15-59; M. GRABMANN, *Die geschichte der Scholastischen Methode*, I-II; Freiburgi Br., 1909-1911, reimp. Stuttgart 1961; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, 1967; V. PIANO MORTARI, *Dogmática e interpretazione. I Giuristi medievali*, Napoli, 1976.

163. Ver las excelentes páginas que dedica al tema F. TOMÁS Y VALIENTE en su *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid 1979, pp. 297-324, y asimismo B. CLAVERO, *Derecho común*, en *Temas de Historia del Derecho*, Sevilla, 1977, pp. 121-152. Cfr., en general, E. HOLTHOFER, *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien. Frankreich, Spanien und Portugal*, en *Handbuch der Quellen und Literatur der*

tancia del Derecho real que junto al canónico constituyen las ordenaciones básicas del área procesal ¹⁶⁴. Así lo destacan algunos de nuestros autores clásicos como Hevia ¹⁶⁵, Domínguez ¹⁶⁶ o Bayo ¹⁶⁷, cuyas exposiciones parten del Derecho vigente en estos campos, integrado por la opinión de los doctores y el estilo judicial.

neuren europaischen Privatrechtgeschichte, vol. II, Minchen 1977, pp. 103-494.

164. Al margen de la aplicación del Derecho real en la Corona de Castilla durante la Edad Moderna cuyo planteamiento parece debe ser reconducido a criterios más positivos, es indudable la efectiva vigencia del mismo en el área procesal como ordenamiento preeminente, según se deduce del análisis de las obras de los "prácticos" o de quienes aun con una orientación distinta exponen de manera más acabada el sistema legal vigente. Ver. I. SÁNCHEZ BELLA, *Los comentarios*, ob. cit., nota 5. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual*, 310-311. Ver en general el excelente trabajo de R. KAGAN, *Justicia y poder real en Castilla, siglos XVI-XVII. (Pleitos y poder real. La Chancillería de Valladolid (1500-1700))*, en *Cuadernos de Investigación Histórica*, 2 (1978), 291-316, donde pone de manifiesto la íntima relación entre poder de la Monarquía y aplicación de la justicia.

165. Juan HEVIA BOLAÑOS, *Curia filípica* (1603). Utilizamos la edición conjunta de esta obra y la de su *Labyrintho de comercio terrestre y naval* (1617) hecha en Madrid, en la Imprenta de M. Fernández, 1733, 2 vols., t. 1, parte 1.^a, 7, pp. 26-31. Ver sobre este autor, G. LOHMAN VILLENA, *En torno de Juan de Hevia Bolaños*, en *AHDE*, 31 (1961), 121-161. Al trata el tema de la recusación judicial distingue la que se realiza en la esfera civil y en la eclesiástica, exponiendo ésta en primer lugar (núm. 3 a 11), luego desarrolla la civil, en la que estudia por separado la recusación en la jurisdicción ordinaria inferior y en la alta de Audiencias y Consejo Real. En esta esfera se limita a exponer el régimen legal recopilado con adición de la opinión de algunos de sus comentaristas, en especial Acevedo, aparte de la frecuente cita a otros autores nacionales como Covarrubias, Velázquez de Avendaño y Paz.

166. José M. DOMÍNGUEZ VICENTE, *Ilustración y continuación a la Curia filípica* (1736-1739), Madrid, 1790, t. 1, parte 1.^a, 7 (pp. 31-38), en la que fundamentalmente adiciona con la doctrina posterior el sistema de recusación judicial expuesto por Hevia.

167. GOMECIUS BAYO, *Praxis ecclesiastica et secularis*, Valladolid, 1640, que contiene referencias aisladas a la recusación judicial, fol. 151-152; 234-36, en especial sus Quaestiones XXVIII y XXIX. Con anterioridad había publicado su "*Práctica única y singular de todas las causas civiles, criminales, executivas I-II*", Salamanca, 1627. Cfr. G. SUÁREZ DE PAZ, *Praxis ecclesiastica et secularis*, Salamanca, 1583.

Otros, como el Conde de la Cañada, orientan su disertación hacia metas reformistas haciendo un análisis crítico del sistema legal vigente¹⁶⁸. En ocasiones se limitan empero a un mero trazo erudito que muestra los conocimientos procesales del autor¹⁶⁹. Finalmente, al aire de la glosa al texto legal, algunos autores como Diego Pérez de Salamanca amplían la visión de su contenido enfrentándolo con otras regulaciones, opiniones doctrinales, noticias de la práctica, en un comentario denso que se desarrolla un tanto al margen de la glosa inicial¹⁷⁰.

Dentro de una óptica procesal distinta más directamente relacionada con la práctica forense algunos autores se limitan a exponer el régimen de recusación judicial tal y como lo conocen, caso de Monterroso y Alvarado¹⁷¹ y Fernández de Ayala Aulestia¹⁷²,

168. CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios*, 2.^a ed., Madrid 1794, t. 1, pp. 538-558. El fin último de su exposición doctrinal sobre el tema de la recusación judicial, perfectamente estructurada, desenvuelta con un gran estilo literario y aún llena de sentido histórico, va dirigido a probar la conveniencia de introducir en la legislación la expresión de la causa de sospecha a nivel de jurisdicción inferior. A la luz de la razón y la experiencia, critica el hábito de seguir ciegamente y sin discernimiento el criterio de la Antigüedad, lo cual "trae muchas veces el daño de no perfeccionar las cosas, ya sea en el estado civil o ya en el físico, cerrando la puerta al adelantamiento y mejoras de que son capaces las materias, que aunque se haya tratado por siglos de un mismo modo, se ha manifestado después de ellos el error que contenían y se ha demostrado la verdad por la razón y la experiencia" (p. 539).

169. Juan MATIENZO, *Dialogus relatoris et advocati Pinciani Senatus*, Valladolid, 1558, pp. 78-83.

170. Las Ordenanzas Reales de Castilla, Ed. Madrid 1779 (t. I-II), 1780 (t. III), que incorpora una vez más la glosa de Diego PÉREZ DE SALAMANCA, "*Glosas y adiciones a las Ordenanzas reales de Castilla*". Con anterioridad el *Commentarium in IX libros Ordinationum regni Castellae* había sido publicado en Salamanca, en 1560, 1574 ó 1575. Cfr. SÁNCHEZ BELLA, *Los comentarios*, ob. cit., p. 413.

171. GABRIEL MONTERROSO ALVARADO, *Práctica civil y criminal e instruction de escrivanos (trata generalmente delos negocios y pleytos delas reales chancillerias y juyzios ordinarios y pesquisidores y juezes de residencia y receptores y de los contratos y escripturas publicas y judiciales)*, 1563. La tercera impresión realizada en Madrid, 1570, incluía "sus anotaciones en la margen conforme a la Nueva Recopilación". El tema de la recusación judicial lo trata en los fol. 98R - 99 V.º.

acompañando otros su exposición de un aparato legal y doctrinal más completo como Villadiego¹⁷³ o Elizondo¹⁷⁴.

Una variante de esta línea práctica se halla en aquellos géneros de la literatura jurídica que derivan del estilo o jurisprudencia de los tribunales superiores del reino, Consilia, Allegationes, Decisiones, Quaestiones¹⁷⁵. En Castilla el desarrollo de estos géneros forenses no alcanzó sin embargo un nivel adecuado por la falta de motivación de las sentencias, lo cual acarreó el desinterés de la doctrina por su colección y comentario¹⁷⁶.

R. KAGAN, *Justicia y poder real en Castilla*, ob. cit., considera el *Reperitorium sive tabula notabilium questionum* de A. DÍAZ DE MONTALVO (Sevilla 1477) como la primera obra de práctica legal de este reino.

172. Manuel FERNÁNDEZ DE AYALA AULESTIA, *Práctica y formulario de la chancillería de Valladolid* (Valladolid, 1667). Aunque no dedica ningún capítulo al tema de la recusación judicial contiene algunas referencias aisladas al mismo dentro de su peculiar óptica informativa: "escribo para los que ignoran los estilos y les falta la noticia de la Chancillería" dice en su prólogo. En este sentido resulta muy útil para comprender mejor el alcance de algunas instituciones procesales que aparecen en la legislación real.

173. Alonso DE VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y tribunales de Corte y otros ordinarios del Reyno* (1612), 1617... Madrid, 1656. Recoge el régimen legal de recusación judicial tanto en la jurisdicción ordinaria inferior como en la superior ("recusación de los del Consejo", fol. 54 R-55 R).

174. Francisco Antonio ELIZONDO, *Práctica universal forense de los tribunales de España y de las Indias*. 5.^a ed., Madrid, 1783, recogiendo algunas fórmulas de demanda de recusación judicial (pp. 201-202). Otras "prácticas" como las de Alvarez Posadilla, Vizcaíno Pérez, etc., se mantienen en la línea de la que hemos citado.

175. Ver J. M. SCHOLZ, *Colecciones de jurisprudencia y de dictámenes* (traducción castellana de A. Pérez Martín), en *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Univ. de Valencia, 1978, pp. 277-359. Cfr. del mismo, "Spanische Rechtsprechung -und Konsiliensammlungen" en *Ius Commune*, 3 (1970), 98-119.

176. A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, 7.^a ed., Madrid, 1977, I, n.º 392. "Motiva Sunt pars sententiae". *Urteilsbegründung in Aragon (16-18 Jahrhundert)* en *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto*, II, Firenze 1977, 581-598. Cfr. sobre este

Sin embargo, a pesar de concurrir esta circunstancia, todavía algunos autores compusieron sus obras en base a la jurisprudencia del Consejo Real o de las Audiencias. Así, Nogueroles¹⁷⁷ o Valenzuela Velázquez dedicando este último algunos de sus *Consilia* al tema de la recusación judicial¹⁷⁸. También Gutiérrez¹⁷⁹ o Acevedo¹⁸⁰ tuvieron en cuenta la jurisprudencia de la Real Chancillería de Valladolid y el mismo Gutiérrez o Larrea¹⁸¹ la de Granada, dedicando este autor una *Disputatio* (XLVIII) de sus *Decisiones* a la recusación judicial.

A falta de literatura de este tipo a nivel de jurisdicción inferior resulta interesante la obra de aquellos autores que como Castillo de Bovadilla¹⁸² o Fernández de Herrera Villarroel¹⁸³ informan del desarrollo de la recusación judicial en este ámbito.

tema M. ORTELLS RAMOS, *Origen histórico del deber de motivar las sentencias*, en *Rev. de Derecho procesal iberoamericana*, 4 (1977).

177. Pedro Díez NOGUEROL, *Allegationes iuris...*, Madrid 1641, Ludg. 1676, 1693.

178. Juan BAUTISTA VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Consilia sive responsa iuris*. I-II,I; Neapoli, 1618, II; Aegid Longi, 1634, I-II. Matriti 1653, Lugduni 1671, Coloniae Allobrogum 1727. En especial su *Consilium CLXX*, donde desarrolla su argumentación sobre los efectos no declinatorios de la recusación judicial.

179. Juan GUTIÉRREZ, *Consilia Varia LII*, Salamanca 1578, 1595, Madrid, 1618, Anveres, 1618, Coloniae Allobrogum 1730; el mismo, *Allegationes iuris*, Salamanca 1592, Madrid 1604, Madrid 1618, Anveres 1618, Coloniae 1730; cfr. SCHOLZ, *Colecciones de jurisprudencia y de dictámenes*, ob. cit., 317.

180. Alfonso DE ACEVEDO, *Consilia, sive responsa, post obitum autoris ab ejusdem filio D. Joanne de Azevedo... Congesta*, Valladolid 1604, 1607, Frankfurt 1610, 1616, 1646, Lugdum 1731, 1737. Cfr. SCHOLZ, *ibidem*, 318.

181. Juan Bautista LARREA, *Novarum decisionum Sacri Regii Senatus granatensis Regni Castellae*, I-II, Lugduni 1626 (ó 1636), 1639; TURNONI 1647, 1648, Lugduni 1658, 1659, 1679, 1686, 1689, 1699, 1729. Del mismo autor es la obra *Allegationum fiscalium*, Lugduni 1642, en la cual dedica su Allegatio II, al problema de la recusación del fiscal.

182. Gerónimo CASTILLO DE BOVADILA, *Política para corregidores y señores de vasallos*, Madrid 1597, reimp. sobre la ed. de Amberes de 1704 con un estudio preliminar de B. González Alonso, Madrid, I-II, 1978. Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *Castillo de Bovadilla. Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen*, en *AHDE*, 45 (1975), 159-238.

183. Gerónimo FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, *Práctica crimi-*

9. ANALISIS INSTITUCIONAL DE LA RECUSACION JUDICIAL (SIGLOS XIII-XVIII)

a) *Concepto.*

La recusación judicial, cuya aparición en nuestros textos bajo-medievales de inspiración romano canónica denota su origen institucional en estos Derechos, no se expresa técnicamente con este vocablo, sino que utiliza otros de factura más vulgar como «desechar por sospechoso» que es el que aparece tanto en el Espéculo como en el Fuero Real y Partidas¹⁸⁴. El empleo de aquél término está sin embargo suficientemente difundido a mediados del siglo XIV, como para que lo recoja en expresión normal el Ordenamiento de Alcalá de Henares¹⁸⁵.

La glosa formuló tempranamente un concepto de recusación judicial destacando por lo general su aspecto procesal de excepción declinatoria. Así lo define Tancredo y tras él varios autores, en es-

nal (1671), Madrid 1724. Sólo trata de la recusación de jueces ordinarios, relatores y escribanos de la jurisdicción inferior, pues estima que la recusación de la alta magistratura del reino es mejor conocida al ser regulada por un título entero de la Recopilación (2,10) y tener que ir acompañada de la firma del abogado.

184. Espéculo, 5,2, prol. (1), 1, (2), (3); 3 (4); 4 (5) “desechar por parentesco” matiza frente a las declaraciones anteriores más genéricas “desechar por sospechoso”. Aunque el Fuero Real en los epígrafes de las leyes dedicados al tema emplea el término recusación (1,7,9 “Del que recusa el alcalde por sospechoso”; 1,7,10 “Por qué razones puede ser el juez recusado por sospechoso”) ya hemos indicado que este hecho no se aviene con el texto de la norma que utiliza la terminología de la época “desechados por sospechosos” (1,7,10), por lo que es presumible que los epígrafes puestos a las leyes del Fuero Real hayan sido añadidos con posterioridad al manuscrito que sirvió de base a la edición del mismo. (Cfr. supra, *La recusación judicial en el Fuero Real*). Las Partidas 3,4,22 siguen utilizando la expresión “desechar por sospechoso”.

185. Ordenamiento de Cortes de Alcalá de Henares de 1348, tít. 5: “De las sospechas y recusaciones, que son puestas contra los judgadores”, ley única, “Que debe façer el judgador quando la parte dixiere que la ha por sospechoso”: “*Recusaciones* ponen los demandados muchas veces contra los judgadores...”.

El texto parece unir el sentido de sospecha judicial con el de recusación, aunque el título parecía distinguirlos en una relación causa-efecto.

pecial Durante en su famoso *Speculum iudiciale*: «*recusatio est a iurisdictione iudicis declinatio, per exceptionem suspicionis oppositam*»¹⁸⁶. De la misma forma como una «*deffension declinatoria*» la considera Jacobo de las Leyes en sus *Flores del Derecho*¹⁸⁷, limitándose a exponer en el *Doctrinal* el sistema de recusación romano justiniano¹⁸⁸. El mayor eco de esta doctrina en nuestros textos bajomedievales se percibe en la regulación del Espéculo, cuyo planteamiento legal incluso formalmente parece estar influido por aquélla¹⁸⁹.

Posteriormente como acto suspensivo y «*prima exceptio*» que debe ser alegada en juicio antes que cualquier otra «*dilatoria*» la concibe Maranta «*quia recusatione pendente non potest ad aliquem actum procedere in illa causa et si procedit, processus est nullus*»¹⁹⁰, y tras él un sector de nuestra doctrina. Así, Villadiego la considera «*una de las excepciones dilatorias, y la más principal*» la cual «*se devia proponer y hazer antes de la contestacion de la causa conforme a derecho*»¹⁹¹. Otros autores siguen considerándola declinatoria¹⁹². El problema planteado por la doctrina sobre el carácter declinatorio o dilatorio de la recusación judicial perdió importancia en la medida que la legislación real y el estilo de los tri-

186. TANCREDO, *Ordinis iudicarii tractatus* (1214), Lugdun 1547, p. 31; DURANTE, *Speculum iuris* (1274), Venetiis 1602, p. 155, la define como «*iurisdictionis vel audientiae causa suspicionis proposita declinatio*». El mismo recoge en una *additio* distintas definiciones entre las que destacan la de Ricardo «*recusare est iudicem suspectum ante litis contestationem proclamare*» y la de Guillermo Anglico, «*est cognitionis iudicialis refutatio*», en las que resalta su efecto procesal declinatorio o dilatorio.

187. *Flores del Derecho*, lib. I, tít. XV, ley 2. Ver del mismo *Summa de los Nove tiempos delos pleytos*, tempus III; Cfr. Espéculo, 5,2, pról. (1); 5,2,3 (4).

188. *Doctrinal*, lib. I, tít. 3, cap. 4; cfr. *Partidas*, 3,4,22.

189. Cfr. *supra*. a) Espéculo.

190. *Tractatus docti et insignes de ordine iudiciorum (vulgo Speculum aureum et lumen advocatorum)*, Lugduni 1550, pp. 254, V.º-255 R.

191. *Instrucción política y práctica judicial*, ob. cit., fol. 39 V.º.

192. D. Pérez de Salamanca en su glosa (a) a la ley 1.ª, tít. 5, libro III de las Ordenanzas Reales de Castilla, define la recusación como «*iurisdictionis vel Audientiae causa suspicionis proposita declinatio*» de manera similar a Tancredo, Durante, etc.

bunales fueron precisando los efectos de la misma ¹⁹³. El control real del instituto, especialmente notable en las altas instancias judiciales del reino, Consejo Real, Chancillerías y Audiencias, fue la base de las restricciones impuestas a su alegación con la consiguiente limitación del campo de discusión teórica ¹⁹⁴.

De manera más general y descriptiva define Hevia la recusación como «*remedio de la sospecha que se tiene del juez y oficial, que en conocimiento de la causa no procederá jurídicamente por ser apasionado y ser cosa peligrosa que el tal conozca de ella*», definición que recuerda la regulación de Partidas ¹⁹⁵. En este sentido, Diego Pérez de Salamanca, recogiendo la opinión doctoral común, considera la recusación dimanante del Derecho natural «*ipsa namque ratio dictat quia suspecti et inimici iudices esse non debent*» ¹⁹⁶, planteando a la luz de este Derecho algunas consideraciones generales como la posibilidad de su renuncia por parte de quienes la formulan ¹⁹⁷.

b) *Los elementos personales de la recusación judicial.*

1) El recusante.

Tradicionalmente la legislación ha considerado al demandado como sujeto de la recusación judicial. La experiencia procesal debió pesar sin duda en esta apreciación legislativa que se mantiene en épocas distintas. Así lo vemos formulado en el Liber Iudiciorum (2,1,24 [22]) y en las Partidas (3,4,22) o en el Ordenamiento de Alcalá de Henares (tít. 5, ley única). Sin embargo, aquellos textos que como el Espéculo acentúan su carácter de excepción declinatoria extienden expresamente su normativa a cualquiera de las partes que intervienen en el litigio. Expresiones generales como «*aquel que se mete a juyzio*» «*los que an pleitos*», etc., que aparecen

193. A este último se refiere Villadiego cuando dice “Aunque agora por estilo comun basta que se haga en cualquier tiempo y parte del pleito (la demanda de recusación), como sea antes de la pronunciacion de la sentencia definitiva”, *ibidem*, fol. 39 V.º.

194. Ver *supra* el desarrollo de la legislación real sobre el tema.

195. *Curia filípica*, fol. 26; cfr. Partidas, 3,4,22.

196. “*Recusatio est inducta a iure positivo quadam ratione dictante naturali*” glosa (a) *ibidem*.

197. G'osa (a), núm. 8, *ibidem*.

en ellos recogidas¹⁹⁸, contrastan con la continua alusión al demandado de otros textos legales, coetáneos o posteriores, v. gr., Fuero Real (1,7,9), Partidas (3,4,22) «*Sospecha nasce a las vegadas en el coraçon del demandado*», u Ordenamiento de Alcalá (tít. 5, ley única) «*recusaciones ponen los demandados muchas veces contra los judgadores maliciosamente por non responder a las demandas que les son fechas*», aunque aquí se trata de una práctica procesal que en la medida que corresponde al deseo de paralizar la demanda corresponde lógicamente al demandado.

Sin embargo, a nivel de recusación de la alta magistratura del reino, la legislación que la desarrolla omite toda referencia expresa a una de las partes como sujetos de su ejercicio. Ya el Ordenamiento de Cortes de Toledo de 1480 (ley 42) indica «*que cada i quando que alguno quisiere recusar por sospechoso a alguno de nuestro Consejo...*»¹⁹⁹ o las Ordenanzas de Madrid de 1502 (cap. 11) «*si alguna de las partes recusare*» o en abstracto (cap. 22) «*la recusación que se pusiere*»²⁰⁰.

Si no se hace referencia a la situación procesal del recusante en la legislación moderna, se tiene en cuenta sin embargo su condición personal, y así las Ordenanzas antes citadas de 1502 tienen en cuenta su posible pobreza para eximirle del depósito previo de la cantidad exigida para solicitar la recusación de uno de los jueces estando el pleito concluso para definitiva²⁰¹. Las fianzas que debía prestar en este caso se concretan posteriormente en el compromiso de satisfacer dicho depósito si así fuese determinado finalmente.

Esta situación de pobreza del recusante la traslada Castillo de Bovadilla a la jurisdicción real inferior donde el que recusa debe hacer depósito de asesoría que cubre los gastos del «*acompañado*» del juez ordinario recusado. En cuanto que este «*acompañado*» solía ser letrado se entiende que el discurso de este autor que aludiendo a la práctica contraria, dice: «*Yo nunca dexaria ni dexe acompañarme, pues no se quita la sospecha del juez recusado por la*

198. Espéculo, 5,2, prólog. (1) «E dezimos tambien por el demandado como por aquel a qui demandan. Ca si alguno dellos tal sospecha oviese contra el judgador...», cfr. 5,2,1 (2); 3 (4).

199. N. Rec., 2,10,2,

200. N. Rec., 2,10,3,4.

201. N. Rec., 2,10,4,5.

*falta de premio del assessor y no es justo que nadie, mayormente el pobre, que no tiene de que pagar assessoria, sea juzgado por juez sospechoso, y en este caso del pobre yo compelería al abogado a que sin assessoria sentenciasse, como puede ser compelido a que abogue de balde por los pobres»*²⁰². Por otro lado, una Real Cédula de 1559²⁰³ limita la acción del tercero opositor «*que uviere venido a (un pleito) a coadyuvar al principal*», permitiéndole recusar sólo en aquellos casos en que pudiera hacerlo el principal.

Otros extremos, como el de la recusación por poder ya que no por la legislación, fue ampliamente desarrollado por la doctrina. Los autores concidieron en señalar que el poder debía ser especial y no general por ser las recusaciones constitutivas de «*una causa de gravedad, por la injuria que hacen a los jueces, quando las ponen maliciosamente*»; por tener que ir acompañadas de juramento de malicia que sólo puede prestar el interesado que litiga o con poder especial su procurador; y finalmente porque «*imponiéndose penas a los que recusan a los jueces de los tribunales superiores sin justa causa, o no lo prueban, no puede el procurador hacer responsable a su principal en las penas referidas*»²⁰⁴.

Igualmente la doctrina se preocupó de señalar los requisitos que debía cumplir el poder especial de recusación; eran, que expresase la naturaleza del pleito y las personas que litigaban, el nombre del juez, la proposición de las causas y motivos en que se funda la sospecha del mismo, la concesión de poder y facultad al procurador

202. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores*, Vol. II, fol. 146, núm. 119. De este parecer es la generalidad de los autores: VILLADIEGO, *Instrucción política y práctica judicial*, estima que “lo mejor es aviendo de que cobrar del apelante mandarle sacar prendas por la assessoría y que se le vendan y paguen y siendo pobre que el Letrado assessor sentencie sin asesoría” (fol. 39 V.^o); HEVIA, *Curia filípica*, I, fol. 26 considera que “lo más cierto y seguro es que el Juez sin embargo que no deposite, se acompañe y cobre el salario y costos del acompañado, del recusante, apremiándole a ello y sacándole y vendiéndole para ello prendas”.

203. N. Rec., 2,10,15; Nov. Rec., 11,2,17.

204. CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, I, 549-551 (núms. 45-50), recoge la doctrina anterior. Escuetamente refiere la práctica de recusar por procurador; MONTERROSO Y ALVARADO, *Práctica civil y criminal*, fol. 98.

para que recusase y jurase no hacerlo por malicia. La falta de alguno de estos requisitos motivaba su rechazo de oficio por el juez²⁰⁵.

2) El órgano judicial recusado.

En principio, como dice Domínguez, «la recusación se puede hacer de cualquiera y en cualquiera causa»²⁰⁶. Sin embargo, una línea procedente de la tradición legal bajomedieval había impuesto restricciones en algún caso. Así el Espéculo (5,2,1 [2]) excluía de la recusación a los jueces de avenencia «ca non es derecho que pues que los escogen e se avienen en ellos que los desechen por sospecha», admitiendo tan sólo la de los jueces ordinarios y delegados y graduando de manera distinta, según atañese a unos o a otros, los efectos de la recusación. Las Partidas operando sobre este esquema legal básico²⁰⁷ admitían por el contrario la recusación de los jueces avenidores (3,4,31), quedando en conjunto su regulación a través del Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, como característica de la desplegada en la esfera inferior de la administración de justicia.

Precisamente los cambios introducidos en la organización judicial durante la Baja Edad Media tuvieron el efecto de polarizar la recusación en torno a la alta y baja jurisdicción del reino, con el consiguiente desarrollo de un régimen legal específico, en ocasiones formalmente separado²⁰⁸. A un lado quedaba la alta magistratura, miembros del Consejo Real, alcaldes de Casa y Corte, oidores y alcaldes de las Audiencias y Chancillerías, aparte de aquellos oficios cuya importancia permitía incorporarlos a este régimen legal como los contadores y oidores de la Contaduría Mayor²⁰⁹. De otro lado la jurisdicción inferior, centrada ya en la figura

205. CONDE DE LA CAÑADA, *ibidem*, fol. 551, núm. 48.

206. *Ilustración a la Curia filípica*, t. I, fol. 32.

207. *Dotrinal*, 1,2, cap. único (pp. 204-205). *Partidas*, 3,4,4. Ver F. MARCOS PELAYO, *El Derecho judicial en las Partidas*, Madrid 1930, en esp. pp. 57-69, cit. por A. AGÚNDEZ, *Historia del poder judicial en España*, Madrid, 1974, p. 32; cfr. M. LÓPEZ REY, *La jurisdicción común castellana en el siglo XVI*, en *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 166, 1935, pp. 447-507.

208. Ver *supra*.

209. N. Rec., 2,10,11; Nov. Rec., 11,2,14.

del Corregidor, cuya recusación atrae de manera preferente la atención de los autores, que intentan resolver los problemas planteados por su práctica²¹⁰. Junto a ésta, la recusación de otros jueces ordinarios locales, alcaldes y jurados, alcaldes mayores o delegados, pesquisidores o veedores, jueces de residencia, alcaldes de Corte comisionados para hacer justicia fuera de sus distritos, etc., queda empequeñecida apenas sin tratamiento de interés.

Por otro lado, las anteriores funciones intermedias de los alcaldes de adelantamiento o de merindad mayor, en su calidad de jueces de alzada de los litigios pasados ante los alcaldes del lugar de su distrito, fueron desempeñados por la Audiencia después de su creación en el último tercio del siglo XIV, de manera que reducidos a ser jueces de primera instancia perdieron incluso gran parte de su competencia jurisdiccional al corresponder ésta por lo general, por antiguos privilegios reales, a los alcaldes de las ciudades, villas o lugares²¹¹. En este sentido su régimen de recusación sería el señalado para los jueces de la administración inferior de justicia.

210. B. GONZÁLEZ ALONSO, *El Corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, 1970, dedica algunas páginas al tema de su recusación 60-65; 104-106; 197-203; 273-274. Respecto a las figuras institucionalmente próximas de asistentes y gobernadores es de advertir su declive histórico en el siglo XVI, reasumidas sus funciones, fundamentalmente político-gubernativas y municipales, por el corregidor. La pragmática de 9 de julio de 1500 integra bajo un mismo régimen legal estos tres oficios, por lo que en principio es extensible a ellos lo dispuesto sobre recusación judicial en los órganos de la administración interior de justicia. Ver A. BERMÚDEZ, *El asistente real en los concejos castellanos bajomedievales*, en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1971, pp. 223-251; B. GONZÁLEZ ALONSO, *Gobernación y Gobernadores*, Madrid, 1974, en esp. 95-100; 117-137.

211. Por esta razón las Cortes de Valladolid de 1523, pet. 59 (Cortes de León y Castilla, IV, 383) consideran que "es oficio de que no hay necesidad; aunque no por ello desaparece, sino que es aún regulado por Carlos V por Real Pragmática dada en Alcalá el 3 de marzo de 1543 (en la que se dan instrucciones a los alcaldes mayores de los adelantamiento de Castilla, Burgos, Palencia y León) reproducida en N. Rec., 3,4, 18-75, y por Felipe III por R. Instrucción y Ordenanza de 2 de julio de 1600 (= N. Rec., 3,4,79). Ninguna de ellas toca el tema de la recusación judicial. Ver A. GARCÍA GALLO, *Alcaldes mayores y corregidores en Indias*, en *Estudios de Historia del Derecho indiano*, Madrid, 1972, 695-741, en esp. 103-711.

Sin embargo, algunos jueces, como los designados por los Reyes Católicos a partir de 1475 para poner paz en Galicia (alcaldes mayores del reino de Galicia que acompañan al Gobernador y justicia mayor del reino con quienes hace audiencia), conservan esta función judicial intermedia de los antiguos Alcaldes mayores de los adelantamientos, al tener competencia no sólo en primera instancia sobre los asuntos civiles o criminales que se planteen en el lugar donde se encuentren o cinco leguas al derredor, sino también en apelación, agravio o nulidad de las sentencias y mandamientos dictados por cualquier juez del reino en materia civil o criminal. Las ordenanzas que regulan su actividad no tratan de su posible recusación, aunque al ser elegidos estos alcaldes entre los miembros del Consejo Real o de la Real Audiencia se les debía aplicar el régimen legal previsto para ellos ²¹².

c) *Demanda.*

De acuerdo con el predominante carácter verbal del proceso en los primeros tiempos bajomedievales, la demanda de recusación judicial se formulaba oralmente. Los textos que la regulan así lo constatan: Espéculo 5,2,2, (3) «*aquel que oviese sospecha deve dezir antel al calle*»; Partidas 3,4,22, «*diziendo ante ellos (hombres buenos) como lo ha por sospechoso*». Por otro lado, en la medida que no es exigida la alegación y prueba de la causa de sospecha por aquellos de nuestros textos que siguen fielmente la tradición romanojustiniana, se recurre en ellos a la prestación de juramento de malicia, potestativo todavía a juicio de los hombres buenos que oyen la declaración de sospecha del recusante, en Partidas y preceptivo ya en el Ordenamiento de Alcalá. Este régimen legal de simple demanda y juramento de malicia será el mantenido finali-

212. *Ordenanzas de los alcaldes mayores de Galicia, fechadas en Madrid el 14 de octubre de 1494, en Libro de Bulas y Pragmáticas* (fol. 96 V-99 R), tampoco toca el tema de su posible recusación la Declaración real de las Ordenanzas anteriores, de 15 de junio de 1500, *ibidem*, 99 R-100 V. Ver sobre esta audiencia de Galicia, A. GARCÍA GALLO, *ibidem*, 712-714; B. GONZÁLEZ ALONSO, *Gobernación y Gobernadores*, 63-77.

mente a lo largo de toda la Edad Moderna para la recusación de la jurisdicción inferior, ordinaria o delegada²¹³.

Sin embargo la nueva normativa que regula la recusación de miembros del Consejo, alcaldes de Casa y Corte, oidores y alcaldes de las Audiencias, etc., dispone un régimen distinto, más severo, para su presentación. En principio debe ser formulada por escrito, fundada en justas causas de sospecha y jurada. Los jueces ya no «oyen» sino ven, «vean luego i examinen el escrito de la recusación»²¹⁴. En el procedimiento que disponen las Ordenanzas de Madrid de 1502 para su admisión, los colegas del juez declarado sospechoso deberán examinar «breve i sumariamente, sin facer autos ni processos» la veracidad, la justicia y aún la probabilidad de que, siendo probada, diera como resultado la recusación del mismo. Una vez admitida la demanda de recusación se pasaba a prueba cuyo defecto acarreaba severas penas pecuniarias. En los casos en que la demanda de recusación quisiera interponerse después del plazo legal concedido para presentarla²¹⁵, por aparición de una nueva causa de sospecha o conocimiento tardío de una ya existente, el recusante debería depositar la suma de treinta mil maravedís como requisito previo a su admisión. La Pragmática real de 10 de octubre de 1574 exigió que la demanda de recusación de estos jueces de la alta magistratura del reino fuera asimismo firmada por alguno de los abogados de la parte, no admitiéndose en caso contrario su presentación²¹⁶. Asimismo esta pragmática penó con la mitad de la pena prevista por la ley para aquel que no llegara a probar la causa de recusación, el desestimiento de la demanda.

Estas demandas de recusación judicial no eran leídas en Sala, como dispone un auto acordado de la Audiencia de Valladolid de 11

213. HEVIA, *Curia filípica*, fol. 27, núm. 11. VILLADIEGO, *Instrucción política y práctica judicial*: "Y para recusar al juez seglar no es necesario expressar causa como dicho es, sino basta dezir que le tiene por sospechoso y jurarlo". (fol. 9 V.º). FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, *Práctica criminal*, fol. 183. CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, fol. 538-542.

214. *Ordenanzas para abreviar los pleitos de 1502*, cap. 11 (cfr. n. 124) = N. Rec., 2,10,3; Nov. Rec., 11,2,5.

215. Ver luego.

216. N. Rec., 2,10,19, núm. 5; Nov. Rec., 11,2,19, núm. 5; cfr. *Constitutions y altres drets de Catalunya*, 3,3,7 (cfr. n. (34)).

de diciembre de 1516, recogido en las recopilaciones castellanas, sino que deberían ser presentadas en el Acuerdo para allí proveer al respecto²¹⁷.

Algunos autores que glosan o comentan la legislación relativa a la recusación judicial nos dejaron algunas fórmulas de empleo habitual en su demanda. Así conocemos a través de Diego Pérez de Salamanca la que se presentaba en la jurisdicción inferior²¹⁸, aunque en este ámbito era frecuente la oralidad²¹⁹. El mismo autor nos da la fórmula habitual de recusación del juez eclesiástico. Por lo que se refiere a la recusación de un miembro de la chancillería conocemos la fórmula que incluye Elizondo en su *Práctica universal forense*: «*M.P.S. - F. en nombre de N. en el pleyto con D. sobre esto, digo que por esta y aquella causa, hablando con la modestia judicial que corresponde, recuso para la determinación de este pleyto al señor D. A. oidor de vuestra Real Chancillería o Audiencia y Juez en él; y si al Presidente, al Ilustrísimo Señor D. B., A. V. A. pido y suplico se sirva habiéndole por recusado, de nombrar Señores Jueces que determinen este pleyto: pido justicia y juro que esta recusación no la hago de malicia. Auto - Dentro de treinta días justifique esta parte las causas que alega*²²⁰. Monterroso y Alvarado resume en su *Práctica civil y criminal* el estilo de las Audiencias: «Si alguna de las partes tiene por

217. Recopilación de Ordenanzas Chancillería de Valladolid (1765), 3,2,1. N. Rec., 2,10,9; Nov. Rec., 11,2,12. Cfr. FERNÁNDEZ DE AYALA AULESTIA, *Práctica y formulario de la Chancillería de Valladolid* (1667), formulario, fol. 45 R.

218. En su glosa 19, al título V (De las recusaciones) del libro III, de las Ordenanzas Reales de Castilla (cfr. n. 170) indica: “Mui magnificos señores. Juan en nombre de fulano preso en la cárcel pública de esta ciudad en cierta asserta causa criminal, que se trata con Pedro, y a su pedimento, yo tengo en ella por sospechoso al mui magnifico señor ful. Corregidor de esta ciudad y a su teniente el señor N. y a su Alcalde mayor el licenciado N. y Alguacil mayor y a las demás justicias de esta ciudad y por tales sospechosos los tengo recusados. Y porque se me guarde mi justicia, a V. S. pido y suplico mande nombrar y nombre dos señores Regidores de este su mui insigne Consistorio, para que acompañen con el señor teniente ful. para la determinación de esta causa. Para lo qual su oficio imploro y pido justicia y testimonio”.

219. Cfr. la doctrina citada en nota 213.

220. *Práctica universal forense*, p. 201.

sospechoso a alguno de los jueces que ha de ver o tiene visto su negocio, el derecho le dio el remedio que es recusarle y el estilo que en esto se tiene es que ha de hazer una petición, en la qual exprese las cosas que le mueven para tenerle por sospechoso. Y esta petición ha de yr firmada de la misma parte o del procurador, teniendo poder especial para ello, porque si no lo tiene, no la puede presentar, y ha la de entregar al señor presidente, antes que la presenten, y advierta el Secretario de la causa, que no la resciba ni lea en audiencia publica sino diga a la parte que la lleve al señor presidente y la presente después en el acuerdo»²²¹.

d) *La expresión de la causa de recusación.*

Los ordenamientos civil y canónico disienten sobre este importante extremo. Según interpreta la doctrina medieval y recoge en parte la legislación de los reinos, el Derecho romano no exigía la expresión de la causa de sospecha que motiva la demanda de recusación judicial²²². Frente a este principio se alza el contrario de la legislación canónica claramente expresado en las decretales pontificias de Celestino III e Inocencio III²²³. Como se ha indicado anteriormente, en la Corona de Castilla no hubo un criterio definido al respecto en un primer momento, pues si el Espéculo y el Fuero Real exigían conforme a esta tradición canónica la expresión de la causa de sospecha y aún señalaban algunas de las que podían ser alegadas válidamente, las Partidas y, desarrollando su regulación, el Ordenamiento de Cortes de Alcalá de Henares de 1348 no la exigían, ateniéndose estrictamente al criterio de los «sabios antiguos». En la medida que fue esta legislación la recogida en las sucesivas recopilaciones castellanas prevaleció esta línea institucional aunque limitada su vigencia a la recusación de jueces inferiores, por la aparición de una nueva normativa que sí exigía la expresión de la causa para la recusación de la alta magistratura del reino.

Si todavía el Ordenamiento de Cortes de Toledo de 1480 no

221. Práctica civil y criminal, fol. 98 R.

222. TANCREDO, *Ordinis iudiciarii tractatus*, p. 33; DURANTE, *Speculum iuris*, 156; Doctrinal, 1,3,4 (pp. 209-211); Partidas, 3,4,22; Ordenamiento de Cortes de Alcalá de Henares, 1348, tít. 5, ley única.

223. Cfr. supra *La recusación judicial en el Derecho canónico*.

formulaba con claridad este principio para la recusación de miembros del Consejo Real, alcaldes de Casa y Corte y oidores de la Audiencia, ya las leyes de Madrid de 1502 lo afirman resueltamente manteniéndose esta exigencia en la legislación posterior²²⁴

De este modo había un doble régimen de recusación judicial en Castilla durante la Edad Moderna. De un lado el peculiar de la jurisdicción inferior, que no requería alegación y prueba de la causa de sospecha y de otro el de la alta magistratura del reino que sí la exigía y además fue endureciendo progresivamente su régimen de aplicación.

Si en un principio la demanda de recusación era analizada por los colegas del declarado sospechoso «*breve i sumariamente, sin facer autos ni processos*» sólo para apreciar la verdad y fundamento de la misma (Ordenamiento de Cortes de Toledo de 1480, ley 42), ya luego las Ordenanzas de Medina del Campo de 1489²²⁵ sancionaban con el diezmo de la cuantía del pleito, hasta una cantidad máxima de treinta mil maravedís, la falta de prueba de las causas de recusación alegadas como medio de evitar el elevado número de recusaciones infundadas y maliciosas a miembros del Consejo Real, alcaldes de Casa y Corte y oidores.

Todavía las Ordenanzas de Madrid de 1502²²⁶ introducen una severa corrección a este respecto: los colegas del declarado sospechoso analizarían el escrito de recusación judicial sopesando la veracidad y aun la probabilidad de que demostradas las causas se lograra con ello la recusación solicitada. Si se estimaba improcedente su petición, sólo por este hecho era castigado el recusante con una pena de tres mil maravedís, sin dejar que su escrito pasase a prueba ni se hiciese constar en el acta del proceso. Pero si halladas suficientes las causas de recusación alegadas se admitiesen a prueba y no fuesen debidamente aprobadas, entonces la sanción aumentaba a treinta mil maravedís. Estas cantidades fueron dobladas por Real Cédula de Felipe II de 29 de marzo de 1563²²⁷, llegándose a una cuantía máxima de ciento veinte mil ma-

224. N. Rec., 2,10,1,3,15,17; Nov. Rec., 11,2,3,5,7,17.

225. Cfr. n. 123.

226. Cfr. n. 124.

227. Recopilación ordenanzas chancillería de Valladolid (1765), folio 105 V.º. N. Rec., 2,10,17; Nov. Rec., 11,2,7.

ravedís para el que no probase las causas de sospecha contra el Presidente de la Real Audiencia. Como dispone finalmente la pragmática real de 10 de octubre de 1574²²⁸, las causas de recusación deben ponerse «*honestamente*», permitiendo incluso a los jueces imponer una sanción discrecional «*conforme a la qualidad de su exceso i culpa*» a aquellos que así no lo hicieren, aparte de la señalada legalmente.

Sólo las normas que exigen la expresión de las causas en las que funda el recusante su declaración de sospecha, se preocupan de señalar algunas cuestiones relacionadas con ellas. Así, en el Espéculo y más concisamente en el Fuero Real, hallamos referencias precisas a las causas o «razones» «*porque pueden ser desechados*» los jueces «*por sospechosos*». Posiblemente por influencia doctrinal canónica²²⁹, el Espéculo (5,2,4 [5]) considera que la recusación nace de la misma sospecha que a su vez se deriva de multitud de causas. Concretamente, al igual que el Fuero Real, cita el interés del juez en el objeto del litigio, la enemistad hacia alguna de las partes, y el parentesco o relación estrecha por cualquier otra razón social o profesional con alguno de los litigantes²³⁰.

La doctrina por su parte, intentando precisar el alcance de la exigencia legal de expresar la causa de recusación, hizo elencos más o menos completos de causas que podían ser alegadas por el recusante, llegando a reunir Maranta a mediados del siglo XVI cuarenta distintas²³¹.

En la Corona de Castilla al regularse la recusación de miembros del Consejo Real, Audiencias, etc., exigiendo la alegación y prueba de las causas de sospecha se propició una definición legal y doc-

228. N. Rec., 2,10,10; Nov. Rec., 11,2,19.

229. Ver supra, p. 30.

230. Espéculo, 5,2,4 (5); Fuero Real, 1,7,10; Leyes del Estilo, 191.

231. R. MARANTA, *Tractatus de ordine iudiciarum* (ed. de 1550), 255-257. Es de entender que en la medida en que no existía una relación legal, civil ni canónica, de causas válidas de recusación judicial, la norma aprobada en las Cortes de Monzón de 1510 (Constitutions y altres drets de Catalunya, 3,3,3: Statuim e ordenam, que quant seran recusats alguns del Reyall Conselle per sospitosos, sien las causas de suspitas hagudas per justas totas aquellas que los drets comun admeten per justas, e per virtut de aquellas se hajan a declarar, e repellir aquells per suspitosos”), estaría cubierta por la doctrina de los doctores.

trinal de las mismas. Según el Ordenamiento de Cortes de Toledo de 1480, ley 42²³², la causa de sospecha en que se funda la demanda de recusación debe ser «cierta i verdadera», añadiendo luego que debe ser «justa», pues de no serlo, dicen más tarde las Ordenanzas de Medina del Campo de 1489 cap. 25²³³, «Se sigue gran impedimento en el proceder, i en la determinación de los pleitos, i redunda en injuria del dicho nuestro Presidente i Oidores, que assi son injustamente recusados».

Dentro del régimen legal restrictivo, que para impedir una proliferación de demandas de recusación judicial disponen los Reyes Católicos en las Ordenanzas de Madrid de 1502, está el hacer pasar un examen, previo a la prueba de las causas alegadas, de la justicia de su fundamento y aun de la probabilidad de lograr el resultado apetecido si llegasen a ser probadas, es decir, si parecen justas e importantes las causas alegadas²³⁴. La pragmática real de 10 de octubre de 1574 en su apartado cuarto hace referencia expresa a las causas de parentesco o afinidad, amistad o enemistad con alguno de los jueces, en que se basan algunas demandas de recusación²³⁵. En todo caso exige una máxima concreción rechazando cualquier intento de formulación vaga o genérica de las mismas. En el apartado 6 se recuerda la obligación del recusante de poner «honestamente» las causas de recusación.

Por lo general la doctrina —en Castilla— rehúye la confección de elencos de causas de recusación, tal vez por poder remitirse a los ya realizados. Por el contrario, reducen al máximo su atención a este aspecto no entrando a analizar en profundidad las causas posibles de recusación, preocupados más bien por exponer el sistema legal o la práctica de la misma. Esto se advierte especialmente en los prácticos, Monterroso, Villadiego, Elizondo, etc., que solo las mentan en cuanto son indicadas por la legislación cuyo régimen exponen²³⁶. Otros autores aluden en concreto a alguna

232. N. Rec., 2,10,1; Nov. Rec., 11,2,3.

233. N. Rec., 2,10,2; Nov. Rec., 11,2,4.

234. N. Rec., 2,10,3; Nov. Rec., 11,2,5.

235. N. Rec., 2,10,19; Nov. Rec., 11,2,19. Recoge el régimen legal, HEVIA, *Curia filípica*, p. 28.

236. MONTERROSO, *Práctica civil y criminal*, 98 R. y V.º; VILLADIEGO,

causa, así Matienzo que tratando de la amistad distingue siguiendo a Alciato tres grados, máxima, media y mínima con efectos distintos en la recusación²³⁷. Diego Pérez reduce a una sola «si Index este nimis favorabilis alteri parti» las causas de recusación, aunque luego señala otras nuevas remitiéndose finalmente a Decio y Marantata²³⁸. Castillo de Bovadilla estima acertada la opinión de los «profesores de leyes» de considerar la recusación como remedio «para excluir de la causa ardua y sutil al juez basto e ignorante»²³⁹. Hevia sólo a título de ejemplo cita algunas de las causas que pueden ser alegadas en el escrito de recusación del juez eclesiástico no refiriéndose ni de este modo siquiera a las causas de recusación del juez civil²⁴⁰.

Ya en el siglo XVIII debemos al Conde de la Cañada una atinada reflexión sobre las causas de recusación judicial en un intento de demostrar la conveniencia de su alegación, incluso en la esfera inferior de la administración de justicia. A este fin señala dos clases de causas, «unas inocentes sin culpa de los jueces, como la de parentesco, de consanguinidad y afinidad, o la amistad anterior con alguna de las partes que litigan; y otras criminosas, como la de soborno, enemistad y otras semejantes. Quien recusa sin expresar la causa, envuelve todas las que puede haber y dexa al arbitrio del público que conciba contra la opinión del Juez recusado la que sea más perniciosa, y esto aumenta la injuria, y se le priva de su natural defensa»²⁴¹.

De esta manera es posible advertir que salvo en algunos casos

Instrucción política y práctica judicial, fol. 54 R.; ELIZONDO, *Práctica Universal forense*, 202.

237. J. MATIENZO, *Dialogus relatoris et advocati Pincia ni Senatus*, 82 V-83 R. Ver a este respecto las indicaciones de Lorenzo MATHEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali*, Madrid, 1776, Controversia LXV, 328-332.

238. Glosa núm. 3 al título V (De las recusaciones) lib. III. de las Ordenanzas Reales de Castilla (cfr. n.).

239. *Política para corregidores*, fol. 81, núm. 43.

240. *Curia filípica*, fol. 26, núm. 3. "En el libelo de recusación que se hiciere al Juez eclesiástico, aora sea ordinario o delegado, se ha de exprimir legitima causa della, como de enemistad, amistad, parentesco, interés particular y otras semejantes que lo fueren...". Cfr. DOMÍNGUEZ, *Ilustración y continuación a la Curia filípica*, fol. 32-33, núm. 3.

241. *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, fol. 540, núm. 9.

aislados la doctrina se desentendió del tema de las causas de la recusación, en la medida que era ajeno a una ordenada exposición del sistema legal vigente en la materia. El acusado pragmatismo de sus exposiciones impidió precisar el alcance y valor de algunas causas, orientando de manera eficaz la futura alegación y prueba de las mismas por parte de los recusantes y su posible aceptación por los jueces de los tribunales superiores, Paradójicamente este pragmatismo se volvió contra la propia práctica de la recusación judicial.

e) *Plazo.*

En la medida que la recusación judicial es entendida como una excepción declinatoria, nuestros textos bajomedievales de inspiración romano-canónica exigen su alegación en primer lugar: «E como quier que algunas razones pueden aver para defenderse, la primera que deven mostrar tenemos que es si an sospechosos por alguna razon derecha a aquellos que los an de judgar», incluso antes que cualquier otra (devela primeramente mostrar ante qué otra defensión)²⁴². Este momento era fijado asimismo conforme a la tradición romano-canónica «ante quel pleito sea començado por demanda e por rrespuesta»²⁴³, aunque es lugar común en la doctrina y legislación bajomedieval y moderna admitir su presentación posterior si sobreviniera entonces noticia de una causa de recusación desconocida por el litigante o si surgiera luego de ser presentada la demanda²⁴⁴.

Sin embargo, la doctrina consideró más tarde que la recusación del juez inferior podía hacerse en cualquier estado del pleito «aunque esté concluso y dada la sentencia, con tal que no se haya notificado y publicado, fundándose en que al no exigirse aquí la expresión de causa, ni su prueba, sólo el juramento de malicia, podía

242. Espéculo, 5,2, pról. (1); Fuero Real, 1,7,9; Partidas, 3,4,22; Ordenamiento de Cortes de Alcalá de Henares de 1348, tít. V, ley única.

243. *Doctrinal* del Maestro Jacobo, 1,3,4 (p. 210).

244. TANCREDO, *Ordinis iudicarii Tractatus*, p. 32. DURANTE, *Speculum. iuris*, 156 V.º y R.; MAESTRO JACOBO, *Flores del Derecho*, 1,15,2 (pp. 93-94); Ordenanzas de la Real Chancillería de Valladolid de 1489, cap. 25 = N. Rec., 2,10,2; Nov. Rec., 11,2,4; Ordenanzas para la abreviación de los pleitos de 1502, cap. 11 = N. Rec., 2,10,3; Nov. Rec., 11,2,5.

prestarlo la parte en cualquier momento del proceso sin el inconveniente de dilatarlo»²⁴⁵. A falta de norma al respecto, el Conde de la Cañada aboga por una reducción de esta amplia potestad recusatoria que quedaría limitada a las dos excepciones antes apuntadas que irían acompañadas sólo de juramento²⁴⁶.

Las primeras normas que regularon la recusación en la esfera superior de la administración de justicia no se preocuparon de señalar plazo legal para presentar válidamente su demanda. Sin embargo ya las Ordenanzas de 1502 señalaron como límite el que la causa estuviese concluida para sentencia definitiva, pudiendo presentarse con posterioridad en los casos ya conocidos, aunque entonces debía el recusante depositar la suma de treinta mil maravedís en manos de quien designara el órgano judicial²⁴⁷. La fijación de este plazo procesal planteó algunos problemas con aquellos pleitos, de mayorazgos, residencias, eclesiásticos, etc., que carecían de conclusión con lo que se abría la posibilidad a sus litigantes de recusar en cualquier momento, como así ocurría en la práctica. Por ello, por Real Cédula de 14 de abril de 1554 se señaló un nuevo plazo temporal de treinta días «después que se comenzaren a ver» cuyo transcurso sería tenido en estos pleitos por conclusión²⁴⁸.

La Real Pragmática de 10 de octubre de 1574 generalizó este plazo de treinta días para todo tipo de pleitos, derogando el anterior sistema de conclusión procesal²⁴⁹. Sin embargo de nuevo el rey Felipe III por resolución a consulta del Consejo de 20 de noviembre de 1617, dispuso que las recusaciones de la alta magistratura del reino se pusieran antes de los quince días de aquel se-

245. HEVIA, *Curia filípica*, 27, núm. 11: "y se puede poner en cualquier estado de la causa, aunque sea despues de escrita la sentencia, y dada al escrivano para que ante el se pronuncie, como sea antes de la pronunciación, según consta de una ley de la Recopilación, explicada por Acevedo y lo resuelven Covarrubias y Paz".

246. *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, fol. 551-552, números 55, 56.

247. N. Rec., 2,10,4; Nov. Rec. 11,2,6. Cfr. CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, 553-554, núm. 60-62.

248. N. Rec., 2,10,12; Nov. Rec., 11,2,15.

249. N. Rec., 2,10,19,1; Nov. Rec., 11,2,19,9.

ñalado para votar el pleito, plazo que sólo podía ser rebasado si en el transcurso del mismo naciera alguna causa de sospecha o si sobreviniera con el retraso en la votación del pleito²⁵⁰, sistema que finalmente prevaleció a pesar de algunos defectos surgidos en la práctica procesal por su incorrecta aplicación²⁵¹.

f) *Efectos de la recusación judicial.*

Atendiendo a la categoría de los jueces el efecto de la recusación es distinto en nuestros textos bajomedievales. Así, el Espéculo distingue entre jueces, ordinarios, delegados y de avenencia graduando conforme a su categoría el efecto de la recusación. Si el juez recusado es ordinario debe conocer en adelante el pleito con un colega si lo hubiere en el lugar y si no con un hombre bueno libre de sospecha para las partes: «E desta guisa pierde alguna parte del poder que avie... pero non lo pierde». Si el juez recusado es «*de los que dan para librar pleitos señalados*»... «non puede juzgar el pleito por si, nin con otro, nin acomendarlo a ninguno. E desta manera pierde todo el poder que avie de judgador en aquel pleito»²⁵². Los alcaldes de avenencia no podían ser recusados «ca non es derecho que pues que los escogen, e se avienen en ellos, que los desechen por sospecha». (Espéculo, 5,2,1 [2]).

El sistema varía bastante en Partidas. Se admite la recusación de todos los jueces, incluso de los avenidores, aunque ahora se ponen trabas a la recusación de los ordinarios por cuanto al ser designados por los reyes debieran ser considerados libres de parcialidad²⁵³. Si el recusado es el juez delegado él mismo apremiará a las partes para que en plazo de tres días se avengan a nombrar algunos hombres buenos que conozcan el pleito. Si no se llegase a un acuerdo entonces el juez ordinario del lugar donde ocurre el pleito designará a su albedrío a estos hombres buenos. Si por el

250. N. Rec., 2,10,21; Nov. Rec. 11,2,26.

251. "Las mas veces se determinan los pleytos vistos en el Consejo y en las Chancillerias y Audiencias, sin señalar dia para el voto y en este caso no se pueden contar los quince dias". CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, 558, núm. 83.

252. Espéculo, 5,2,2 (3).

253. Partidas, 3,4,22; 3,4,31. CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, 544, núm. 24.

contrario y a pesar de las consideraciones legales sobre su recto proceder, el recusado fuese el juez ordinario, éste mismo escogerá uno o dos hombres buenos que juzguen con él el pleito. Por último, si el juez avenidor resultase ser enemigo de una de las partes en litigio debe el interesado recusarle en presencia de hombres buenos y si no quisiera abandonar después de esto su cometido, debe entonces acudir al juez ordinario para que sea él quien se lo ordena invalidando todo su proceder ulterior ²⁵⁴.

De nuevo el Ordenamiento de Alcalá modificó el esquema precedente de Partidas al distinguir clases de juicios, civiles y criminales y no de jueces, a la hora de señalar los efectos de la recusación ²⁵⁵. Si el pleito es civil el juez recusado por sospechoso deberá tomar por compañero un hombre bueno, jurando ambos «*que bien i verdaderamente judgaran el pleito e guardarán derecho a ambas partes*». Si el pleito es criminal conocerá el juez recusado con los restantes jueces del lugar, si los hubiera, el pleito en cuestión; en caso contrario los hombres buenos «*que son dados para ver façendas del Conceio*» elegirán dos entre sí para conocer el pleito junto al juez recusado, o en caso de desavenencia en el nombramiento los elegirán por sorteo. Sólo si en el lugar no hubiera de estos hombres, el juez recusado elegirá diez hombres buenos «*de los más ricos del lugar*» para que por sorteo designen dos que juzguen con él. En las recopilaciones legislativas esta norma sufrió algunas transformaciones. Así en el Ordenamiento de Montalvo (3,5,1) no se aludía al número de los hombres buenos ricos que por otro lado eran reducidos a cuatro en la Nueva y Novísima Recopilaciones (4,10,1; 11,2,1); asimismo se extendía en estas últimas compilaciones el régimen legal aquí prescrito a la recusación de los jueces delegados englobados junto a los ordinarios en una misma expresión.

Resulta interesante para comprender la evolución ulterior de este precepto la interpretación que del mismo hizo la doctrina. Así Hevia resumió su contenido de la siguiente forma: «El Juez Secular recusado, ora sea Ordinario o delegado en las causas civiles, se ha

254. Partidas, 3,4,31. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores*, 688, núm. 159.

255. Ordenamiento de Cortes de Alcalá de Henares de 1348, tít. V, ley única.

de acompañar con un hombre bueno y en las criminales con uno de los jueces del pueblo; y no le aviendo, los Regidores han de nombrar dos de ellos por acompañados y si no se concertaren sobre quales han de ser, echen suerte sobre ello; y no aviendo Regidores, el juez elija quatro hombres buenos y estos echen suertes quales dos de ellos han de ser acompañados y ellos y el Juez han de jurar de conocer de la causa legalmente ..»²⁵⁶. La doctrina al analizar esta norma fundamental que señala los efectos de la recusación en la esfera inferior de la administración de justicia durante la Edad Moderna, planteó algunas cuestiones relacionadas con su práctica o aplicación. Así conocemos a través de la glosa de Diego Pérez de Salamanca a la norma recogida en las Ordenanzas Reales de Castilla, la fórmula de petición de recusación judicial en causa criminal, cuya redacción permite comprender mejor algunos de los comentarios de Castillo de Bovadilla o Fernández de Herrera Villarroel a la recusación de estos jueces. Así, por ejemplo, sí cabe recusar al «acompañado» del juez ordinario declarado sospechoso, que la doctrina, siguiendo el criterio de Gregorio López admite con la condición de que sea probada la causa que la motiva. Asimismo sobre el «salario del acompañado» si corre a cargo del recusante y debe depositarse al tiempo que hace la recusación o si cabe admitir ésta sin haberse hecho el depósito previo. Igualmente el problema que plantea la diferencia de criterio entre el juez recusado y el acompañado a la hora de dictar sentencia que se resuelve normalmente reenviando el pleito al superior jerárquico²⁵⁷. Dentro de su óptica reformista, debemos asimismo al Conde de la Cañada un interesante alegato a favor de la expresión de la causa de sospecha en las demandas de recusación de los jueces inferiores a través de un repaso crítico a la normativa antes apuntada. Con buenos argumentos estima que de la misma forma que se exige en el ordenamiento canónico y aún en el real para la recusación de la alta magistratura la expresión

256. *Curia filípica*, 27, núm. 12. Cfr. VILLADIEGO, *Instrucción política y práctica judicial*, 39 V.º, núm. 269.

257. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores*, II, 145-146, núm. 117-121; HEVIA, *Curia filípica*, 27-28, núm. 11-16; VILLADIEGO, *Instrucción política y práctica judicial*, 39 V.º, núm. 269-278; BAYO, *Praxis ecclesiastica et secularis*, 234-235 q. 28,29,30.

de la causa de sospecha no existe razón válida para no exigirla en la jurisdicción inferior²⁵⁸.

En la otra esfera de la recusación judicial, la que afecta a los miembros de la alta magistratura del reino, los efectos de la misma una vez alegada y probada la causa de sospecha son diferentes. Según el Ordenamiento de Cortes de Toledo de 1480 (ley 42)²⁵⁹ si los colegas del declarado sospechoso admitieran tras breve y sumario análisis la veracidad y justicia de la causa de sospecha se producía la inhibición del juez recusado. Como indica la doctrina (Monterroso, Hevia), del auto del Presidente y oidores, y a su estilo es de creer que los del Consejo, «por el qual declaran que el señor fulano se abstenga de la vista y determinación del pleyto en que fue recusado... no se acostumbra suplicar, porque no es justo que el Juez suplique de darle por recusado»²⁶⁰. Asimismo si el pleito fuese criminal y mediase recusación de alguno de los Alcaldes era lícito a cualquiera de las partes solicitar que juzgasen con ellos bien un miembro del Consejo o de la Audiencia, según donde se sustanciase la causa, con tal que fueran legos²⁶¹. En este sentido, una Real Cédula de Felipe II del año 1565 planteaba la posibilidad de que los oidores que intervenían junto con los alcaldes del crimen fuesen a su vez recusados, disponiendo para este caso que sólo el Presidente y restantes oidores entendiesen de la causa de recusación²⁶². Un régimen similar de asistencia por oidores de las Audiencias de Valladolid y Granada a los alcaldes de hijodalgo recusados en causa de hidalguía se había dispuesto con anterioridad en 1554 y, es de suponer, que por extensión se aplicase la Real Cédula de 1565 relativa a la recusación de oidores que asistían a los alcaldes de crimen²⁶³.

Si éste es el efecto personal de la recusación judicial se produce asimismo otro de índole material, la suspensión del conocimiento

258. *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, 546, núm. 31-33.

259. N. Rec., 2,10,1; Nov. Rec., 11,2,3.

260. MONTERROSO, *Práctica civil y criminal*, fol. 99 R; HEVIA, *Curia filípica*, fol. 30, núm. 26.

261. MONTERROSO, *ibidem*, fol. 112 R.; VILLADIEGO, *Instrucción política y práctica judicial*, fol. 54 V.º.

262. N. Rec., 2,10,8; Nov. Rec., 11,2,11.

263. MONTERROSO, *ibidem*, 112 V.º.

de la causa, que fue matizado por la legislación de Felipe II. Se dispone a este respecto en 1556²⁶⁴ que siendo recusado algún miembro del Consejo o juez de las Audiencias y Chancillerías «sobre algún auto o provisión interlocutorio antes de la definitiva» no se suspenda la vista y determinación de los restantes que hubiere de hacerse, siempre que lo tuviere a bien la otra parte que no recusó, sino que los determinen los colegas del declarado sospechoso con tal que se aguarde al resultado de la demanda de recusación para la vista de la «definitiva». El régimen se generaliza posteriormente en 1559²⁶⁵. Comenzándose a ver el pleito en alguna Sala en definitiva y siendo recusado alguno de los jueces, si la parte que no recusó solicita se continúe la vista y hubiese número de jueces suficiente para ello, deberán hacerlo, de modo que una vez determinada la causa, si el juez declarado sospechoso «fuere dado por recusado» se absten-drá de su decisión o en caso contrario se incorporará de nuevo a ella. La pragmática real de 10 de octubre de 1574 confirmó este régimen legal que intentaba en lo posible limitar los efectos sus-pensivos de la recusación judicial²⁶⁶.

10. LA RECUSACION JUDICIAL EN EL TRANSITO AL REGI-MEN JURIDICO DEL PERIODO CONSTITUCIONAL

Los cambios operados en la organización judicial y en el proce-dimiento en el tránsito al nuevo régimen jurídico del período cons-titucional, no alteraron de manera sensible e inmediata la regula-ción de la recusación judicial del período precedente.

La legislación de las Cortes de Cádiz y aun la Constitución de 1812, cuyo título V, «De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal», contiene los principios programá-ticos de la nueva organización en estas materias, no tocan el tema de la recusación judicial, con lo que se alarga la vigencia del anti-guo régimen legal. Dejada al margen del nuevo ideario reformista,

264. N. Rec., 2,10,14; Nov. Rec., 11,2,16.

265. N. Rec., 2,10,15; Nov., Rec., 11,2,17. Cfr. VILLADIEGO, *ibidem*, fol. 55 R.

266. N. Rec., 2,10,19; Nov. Rec., 11,2,19.

no sufrió las consecuencias de los cambios políticos siendo su tardía regulación exponente de una cuestión técnica más que ideológica.

Ni el Decreto de las Cortes de Cádiz de 9 de octubre de 1812, que en particular desarrollo de los artículos 271 y 272 de la Constitución regula la organización de las nuevas Audiencias y Juzgados de primera instancia²⁶⁷; ni el de 13 de marzo de 1814 que reglamenta la composición y actividad del recién creado Tribunal Supremo de Justicia²⁶⁸, se refieren a la recusación judicial. También la omiten sobre su base el Reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de septiembre de 1835²⁶⁹ y el Reglamento del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1835²⁷⁰. Por su lado las Ordenanzas para todas las Audiencias de la Península e islas adyacentes de 19 de diciembre de 1835 que desarrollan y completan la anterior regulación del Reglamento provisional (cap. IV) aunque hacen mención de la recusación judicial se remiten al régimen general previsto en las leyes²⁷¹; finalmente también la ignora en

267. Este decreto de escasa vigencia práctica sirvió sin embargo de base al Reglamento provisional para la Administración de justicia de 1835, ver su texto en *Colección de los Decretos y órdenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias desde 24 de mayo de 1812 hasta 24 de febrero de 1813*, t. III, Madrid 1820, pp. 106-130. Cfr. *Crónica de la codificación española*. 1. *Organización judicial*, Madrid 1970, pp. 7-10.

268. Este Reglamento que desarrolla los artículos 259 a 261 de la Constitución en cuya virtud se creaba un Tribunal Supremo de Justicia sustitutorio del Antiguo Consejo de Castilla, tuvo asimismo corta vida, aunque su regulación fue tenida en cuenta en la subsiguiente de 1835. Ver su texto en *Decretos de Cortes*, V, 116 ss. Cfr. *Crónica de la Codificación*, 10-11. Con carácter general, V. COBIÁN, *El Tribunal Supremo según la Constitución de 1812*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 143, pp. 5 y ss.

269. ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, 4.^a ed., t. VI, Madrid 1887, 841-854. Cfr. *Crónica de la Codificación*, 21-23.

270. ALCUBILLA, *ibidem*, 854-860; cfr. *Crónica de la Codificación*, 25.

271. En su art. 16 (cap. 3, tít. 1) dispone que: "las recusaciones de los ministros se harán ante la Sala que conozca del pleito o causa respectiva; pero la Sala con suspensión de la vista sobre lo principal hasta la determinación de aquellas las pasará al Tribunal pleno, para que en él se instruyan y resuelvan con arreglo a las leyes". El auto acordado de 11 de diciembre de 1516, recogido en N. Rec., 2,10,9; Nov. Rec., 11,

este primer período el Reglamento de los juzgados de primera instancia aprobado por Real Decreto de 1 de mayo de 1841²⁷².

Ahora bien, si a este nivel de jurisdicción ordinaria es clara la continuidad de la antigua legislación en materia de recusación judicial, no ocurre lo mismo en otras esferas como la mercantil²⁷³ o la contenciosa administrativa. Por lo que se refiere a esta última, el real decreto de 24 de marzo de 1834 instituyó el Consejo Real de España e Indias para lo gubernativo y el Tribunal Supremo para lo judicial con el fin de separar las antiguas competencias mixtas de los Consejos de Castilla e Indias. Tras el corto período de vigencia de aquel Consejo (1834) y del de Estado que le sustituyó en la década siguiente, el Consejo Real creado por ley de 6 de julio de 1845 se convirtió finalmente en supremo tribunal de lo contencioso administrativo²⁷⁴. Por debajo del mismo los Consejos provinciales creados por ley de 2 de abril de 1845 entendían en primera instancia de estos asuntos²⁷⁵. Los reglamentos que en ambos casos desarrollarán su competencia judicial regularán con cierto detalle su recusación.

Así, el Reglamento sobre el modo de proceder los Consejos

2,12, prohibía a este respecto que se leyera en Sala, debiendo presentarse en el Acuerdo para allí proveer sobre las causas alegadas. Ver ALCUBILLA, *ibidem*, 861-875. Cfr. *Crónica de la Codificación*, 26-27.

272. ALCUBILLA, *ibidem*, 886-892.

273. E. LANGLE, *La jurisdicción mercantil en el Código de 1829*, en *Boletín de la Universidad de Granada*, núm. 7 (1930), 75-107; E. GACTO FERNÁNDEZ, *Historia de la jurisdicción mercantil en España*, Sevilla 1971. Algunos aspectos históricos de la recusación en este ámbito comercial, en mi trabajo *La jurisdicción mercantil castellana en el siglo XVI*, en *Derecho Mercantil castellano. Dos estudios históricos*, León 1979, pp. 57-58, 76-77.

274. Desde 1858 (R. D. 14 de julio) volvió a denominarse Consejo de Estado. Ver J. BARRIOBERO Y ARMAS, *Los Consejos de Estado del pasado al presente*, "Boletín Real Academia Historia", XC, 1927, 66-91; J. M.^a CORDERO TORRES, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectiva en España*, Madrid, 1944, pp. 85 y ss.; I. SÁNCHEZ BELLA, *La reforma de la administración central en 1834*, en *Actas del III Symposium de Historia de la Administración* (Madrid 1974), 655-688. F. ARVIZU GALARRAGA, *El Consejo Real de España e Indias, 1834-1836*, *ibidem*, 383-409.

275. L. FAJARDO SPÍNOLA, *Los Consejos Provinciales*, en *Estudios de Derecho Administración Especial Canario*, V, 1971, 47-86.

provinciales en los negocios contencioso administrativos, aprobado por R. Decreto de 1 de octubre de 1845²⁷⁶ dedicaba el cap. II (artículos 13 a 16) de su título I (De la organización de los Consejos provinciales como tribunales administrativos y de su régimen interno) al tema de la recusación judicial²⁷⁷.

Por otro lado el coetáneo Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la administración, aprobado por R. Decreto de 30 de diciembre de 1846²⁷⁸ trata en su cap. X, arts. 32 a 37 de la recusación de los vocales del Consejo. Estos vocales en principio sólo podían ser recusados por las causas expresadas en el artículo 13 del Reglamento procesal de los Consejos provinciales «*u otros equivalentes a juicio del Consejo*»²⁷⁹.

276. ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración*, VI, 668-672.

277. Según su tenor el jefe político no podría ser recusado en tanto que el vicepresidente y los demás vocales del Consejo sólo podrían serlo en los casos siguientes:

a) Si fueran parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado civil, inclusive, de alguno de los litigantes.

b) Si al tiempo de la recusación o dentro de los tres años precedentes siguieren o hubieren seguido causa criminal con alguna de las partes, su cónyuge, consanguíneos o afines en línea recta.

c) Esta misma circunstancia reducido el plazo a seis meses si el pleito fuera civil y se hubiera iniciado el pleito antes de proponerse la recusación.

d) Si fueren tutores, curadores o defensores de cualquiera de las partes o administraran un establecimiento o compañía que fuera parte en el litigio (art. 13).

Por otro lado, si los hechos en que se funda la recusación fueran anteriores al pleito deberían proponerla los litigantes antes de haber contestado la demanda, a no ser que aquéllos llegasen en posterioridad a su noticia (art. 14). La forma en que debe hacerse la recusación es escrita, firmada por el recusante o su apoderado. Comunicado el escrito al recusado éste podrá responder de palabra o por escrito ante el Consejo (art. 15). Si el Consejo lo estima oportuno recibirá a prueba la recusación; una vez oído al recusado o efectuada la prueba, el Consejo fallará inmediatamente sin ulterior recurso. Por último, admitida la recusación se abstendrá el recusado del conocimiento de la causa (art. 16).

278. ALCUBILLA, *Diccionario*, ibidem, VI, 674-687.

279. Igualmente la propuesta de recusación, si se funda en hechos anteriores al pleito, deberá ser hecha ante de la contestación de la de-

11. LA RECUSACION JUDICIAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1855: TRADICION Y PROYECCION ACTUAL DE SU ARTICULADO

Hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855 se mantuvo vigente la antigua legislación sobre recusación en la jurisdicción ordinaria²⁸⁰. El carácter conservador

manda, a no ser que su noticia hubiere ocurrido con posterioridad. En todo caso, no podría proponerse la recusación cuando hubiera empezado a verse el proceso en el Consejo pleno (art. 33). Una multa de cuantía máxima de 6.000 Rs. castigaba la falta de veracidad del litigante "suponiendo no haber llegado a su noticia la causa de recusación en tiempo hábil" (art. 34). La recusación se propondría por escrito comunicándose por medio de oficio al recusado, el cual contestaría en la misma forma (art. 35), no siendo facultativa la oralidad como en los Reglamentos de los Consejos provinciales (art. 15). Si el consejero no se diere por recusado la Sección recibiría a prueba la recusación si lo estimase necesario, proponiendo al Consejo la posición que creyera justa (art. 36), en todo caso, el recusado no podía asistir a la vista ni a la votación del "incidente" de recusación. Si ésta fuera admitida se abstendría el recusado de conocer en el negocio (art. 37).

280. Con anterioridad diversos proyectos legislativos sobre organización de los tribunales a partir de la creación de la Comisión General de Codificación (1843), se habían ocupado de regular la recusación judicial. Así, el de D. José de la Peña Aguayo, elevado al Gobierno el 15 de abril de 1844, cuyo cap. 7.º del título II trata: "De las recusaciones, no con efecto de sustituir al recusado sino de asociar al trámite a un Letrado", que, en definitiva pretendía mantener y aun extender a la magistratura superior el sistema precedente de asociar al juez recusado en la jurisdicción inferior dos hombres buenos, normalmente letrados (asesores). Asimismo, el proyecto elaborado por el vocal de la comisión, don Manuel García Gallardo, relativo al enjuiciamiento criminal, cuyo libro I desarrolla la organización de los tribunales, toca el tema de las recusaciones en su título I, cap. 20. El "proyecto de ley constitutiva de los tribunales" de 12 de junio de 1846, tít. I, cap. 19, trata de las recusaciones, de las causas legales y de la forma para proponerla y decidirla. El proyecto de ley constitutiva de los tribunales del fuero común de 20 de noviembre de 1850, trata en su título III de las recusaciones, enumerando las causas legítimas (cap. I); la forma de proponerla y decidirla (cap. II); recusación de jueces de partido y locales (cap. III); recusación de los ujieres y escribanos (cap. IV). Ver *La Crónica de la Codificación*, I, 49-66.

de la nueva ley²⁸¹ no impidió la adopción de medidas innovadoras, en este como en otros campos que se tradujeron, entre otras, en una considerable reforma del régimen de recusación judicial en la esfera inferior de la administración de justicia.

La exigencia de expresar causa de recusación y la total separación del juez recusado del conocimiento del asunto litigioso eran dos fundamentales reformas solicitadas hacía tiempo por la doctrina²⁸², ahora plasmadas en la nueva legislación que uniformiza el régimen legal de la recusación judicial en todos sus ámbitos. En este sentido el artículo 120 que comienza el título dedicado a la recusación puede decir que «*El Presidente, Presidentes de Sala y Ministros del Tribunal Supremo de Justicia, los Regentes, Presidentes de Sala y Ministros de las Audiencias y los jueces de primera instancia no pueden ser recusados sino con causa*». Brevemente la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 declara en su artículo 426 que «*los Jueces y Magistrados, cualquiera que sea su grado y gerarquía, y los Asesores, sólo podrán ser recusados por causa legítima*».

Todo el título III de la LEci. de 1855 trata «*De las recusaciones*». Se divide en dos Secciones dedicada la primera (arts. 120 a

281. La primera de las bases de la futura Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobadas por las Cortes el 12 de mayo de 1855 y sancionadas por la reina un día más tarde, disponía a este respecto: "Restablecer en toda su pureza las reglas cardinales de los juicios consignadas en nuestras antiguas leyes, introduciendo las reformas que la ciencia y la experiencia aconsejan y desterrando todos los abusos introducidos en la práctica". En relación con esta orientación, J. VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, 1856, pp. 98-100, alude tal vez por reacción contra las reformas de la Instrucción del Marqués de Gerona a "las sabias disposiciones de nuestras antiguas y venerandas leyes" (p. 99), al comentar esta primera base. Esta idealización del antiguo Derecho procesal no impediría, sin embargo, la introducción de considerables reformas en el tema que nos ocupa. Ver una perspectiva más ecuánime en V. HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 1856, pp. III-XIX.

282. CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, pp. 538-43, "He indicado y reunido las consideraciones antecedentes (sobre la no expresión de la causa de recusación) con el deseo de que se mejorase este artículo si pareciese a otros de superiores luces que merece examinarse del modo y por los medios que señalan las leyes...", núm. 18 (p. 543).

139) a la recusación de los jueces y la segunda (arts. 140 a 155) a la de los subalternos de los juzgados y tribunales. Un total de treinta y seis artículos que deroga la regulación hasta entonces vigente, a pesar de la pervivencia aislada de algunos de sus preceptos²⁸³. Derogada a su vez en este punto por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870²⁸⁴ su influjo se advierte claramente no sólo en esta regulación, sino en las vigentes leyes de Enjuiciamiento Civil de 1881²⁸⁵, y Criminal de 1872 y 1882²⁸⁶. En la medida que, por

283. La ley de 29 de junio de 1866 declaraba vigente la ley 35, tít. 1, lib. V de la Nov. Rec., en cuya virtud los pleitos de los magistrados o de sus allegados no podían sustanciarse ante sus salas.

284. J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. IV, Madrid, 1876, p. 837. Los arts. 426 a 471 tratan de la recusación judicial en esta ley orgánica. Los arts. 426 a 432 (cap. I) coinciden básicamente con los arts. 120 a 139 de la LECiv. Los capítulos II (arts. 433-460) y III (arts. 461-471) desarrollan notablemente, frente a ésta, la regulación de las recusaciones de los jueces de instrucción de partido y de los magistrados, así como las efectuadas en los juicios verbales y de faltas.

285. El título V del libro I, de la vigente LECiv. regula la recusación judicial conforme a este esquema: Sección 1.^a Disposiciones Generales (arts. 188 a 193); Sección 2.^a De la recusación de magistrados, jueces de primera instancia y asesores (arts. 194-217); Sección 3.^a De la recusación de los jueces municipales (arts. 218-233); Sección 4.^a De la recusación de los auxiliares de los Tribunales y Juzgados (arts. 234-247). Ver otras referencias legales al tema en *Nuevo Diccionario de legislación*. Pamplona 1977, t. XX, núm. 25770.

286. Por su parte, las leyes de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y 1882 lo regulan conforme a esta sistemática: LECrim. 1872, cap. VI (De la recusación de los jueces magistrados y asesores y de los auxiliares de los juzgados y tribunales). Sección primera. Disposiciones generales (arts. 126-131); Sección segunda. De la sustanciación de las recusaciones de los jueces de primera instancia y de los magistrados (arts. 132-158); Sección tercera. De la sustanciación de las recusaciones en los juicios de faltas (arts. 159-169); Sección cuarta. De las recusaciones de los auxiliares de los Juzgados y Tribunales (arts. 170-177). LECrim. 1882, lib. I, tít. III. De las recusaciones y excusas de los magistrados, jueces, asesores y auxiliares de los juzgados y tribunales y de la abstención del Ministerio Fiscal, cap. I. Disposiciones Generales (arts. 52-56); Cap. II. De la sustanciación de las recusaciones de los jueces de instrucción y de los magistrados (arts. 57-71); Cap. III. De la sustanciación de las recusaciones de los jueces municipales (arts. 72-83); Cap. IV. De la recusación de los auxiliares de los Juzgados y Tribunales (arts. 84-93);

otro lado, recoge numerosos principios del pasado, la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 actúa como gozne o punto de unión entre la tradición legislativa y las novedades en este campo que ella misma introduce. Por ello es factible acumular en esta normativa la experiencia jurídica pasada y al tiempo la nueva de la legislación subsiguiente sobre recusación judicial, que en muchos casos se limita a reproducirla o en su caso a desarrollarla.

Señalado en el artículo 120, primero del título dedicado a las recusaciones, que los jueces cualquiera que sea su grado y jerarquía sólo pueden ser recusados con causa, el artículo 121 enumera taxativamente las causas legales de recusación. Son diez y en general coinciden con las apuntadas por los antiguos textos legales y comentarios doctrinales²⁸⁷.

En primer lugar se indica «*La consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil con cualquiera de los litigantes*». Una respetable tradición legal respalda esta causa que sólo se ve modificada en el sentido de reducir el grado de parentesco que siendo el décimo en las Partidas y quinto de consanguinidad y cuarto de afinidad en la legislación recopilada²⁸⁸ quedó finalmente reducido al cuarto en esta ley. Este grado está por otro lado conforme con la regulación coetánea del Reglamento de 1 de octubre de 1845 sobre Consejos Provinciales (art. 13).

Cap. V. De las excusas y recusaciones de los asesores (arts. 94-95);
Cap. VI. De la abstención del Ministerio Fiscal (arts. 96-99).

287. ESCRICHE, en su *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. IV, pp. 836-837, hacía un elenco de veinte causas de recusación basándose en la antigua legislación recopilada y en las Partidas. Los comentaristas de la Nueva LECiv. alabaron por lo general la limitación de estas causas legales a las expuestas en el texto. Ver CARAVANTES, *Tratado histórico-crítico, filosófico de los procedimientos judiciales*, p. 403; FERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 167-168; J. M.^a MANRESA Y NAVAVANO, I. MIQUEL y J. RÍUS, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada*, Madrid, 1856, t. I, 389-390.

288. Partidas, 3,4,9; cfr. Fuero Real, 1,7,10. Ver asimismo R. Pragmática de 10 de octubre de 1574, ap. 4 = N. Rec., 2,10,19; Nov. Rec., 11, 2,19; Auto del Consejo de 9 de octubre de 1596 = N. Rec., 2,10, auto 9. Cfr. CARAVANTES, *Tratado*, 406; MANRESA, MIQUEL y RÍUS, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, 390-391. Coincide con art. 428, L.O.P.J.; 189, LECiv. 1981; 54, LECrim. 1882.

La segunda causa legal de recusación es «*haber sido defensor de alguno de los litigantes o emitido dictamen sobre el pleito como letrado*» pr. 2, art. 121²⁸⁹. Ya las Partidas 3,4,10, señalaban este principio dentro de su deseo de separar al máximo las funciones de juez, demandante y demandado que «*son tres personas que conviene que sean en todo pleito*». Profundizando en este sentido declara que «ningun ome non deve oyr nin judgar pleyto de que ante, el mismo oviese seydo abogado o consejero» como «*tovieron por bien los sabios antiguos*» porque dando sentencia contra la parte que antes aconsejara se mostraría como «*abogado tortizero*» y dándola a favor provocaría la sospecha sobre su proceder «*por amor de ayudar a aquella parte que primero consejara*». Tardíamente en Cortes de Toledo de 1462, pet. 4²⁹⁰ los procuradores piden que se cumplan las normas dictadas para que los miembros del Consejo Real y los oidores de la Audiencia no aboguen en pleitos civiles ni criminales a pesar de las licencias en contrario que hubieran obtenido de los reyes. Así se concede y es ratificado por Reales Cédulas de 9 de enero de 1526 y 22 de marzo de 1527²⁹¹.

De parecido signo es la causa señalada en tercer lugar: «*tener interés directo o indirecto en el pleito u otro semejante*», acogiendo no sólo el principio antes formulado de que nadie puede ser juez y parte en el mismo negocio, sino también el interés indirecto o mediato que pudiera haber en su resultado o en el de otro análogo²⁹².

Asimismo la cuarta «*tener el juez o alguno de sus consanguíneos o afines dentro del cuarto grado civil, directa participación en cualquiera sociedad o corporación que litigue*». Tiene idéntico fundamento que las anteriores y por ello le es aplicable la misma tradición legal. Según la doctrina el interés en este caso ha de ser

289. Cfr. L.O.P.J., art. 428, núm. 4; LECiv. 1881, 189, núm. 4; LECrim. 1882, 54, núm. 4.

290. Cortes de León y Castilla, IV, 705-706.

291. N. Rec., 2,5,18-19; Nov. Rec., 5,1,35.

292. CARAVANTES, *Tratado*, 406-407; HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentarios*, 168-169; MANRESA, MIQUEL Y RÍUS, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, 391. Se recoge asimismo en la legislación vigente L.O.P.J., 428, núm. 9; LECiv., 189, núm. 8; LECrim. núm. 9.

directo aunque es suficiente que sea sobre parte de la sociedad o corporación que litigue²⁹³.

«*Tener pleito pendiente con el litigante que recuse*» es la quinta causa legal de recusación judicial que halla su origen en la presunta parcialidad del juez oponente en litigio pendiente con el que recusa. Si la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1830, artículo 97 expresaba igualmente esta causa, el reglamento de 1 de octubre de 1845 sobre Consejos provinciales matizaba su alcance al exigir que el pleito existiese al tiempo de ser propuesta la recusación o dentro de los seis meses precedentes y fuera con el recusante, su cónyuge o parientes consanguíneos o afines en línea recta²⁹⁴.

«*Ser o haber sido denunciador o acusador (el juez) del litigante que recuse*», artículo 121, 6.^a; 7.^a; «*Estar acusado o haberlo sido (el juez) por el mismo*»; 8.^a: «*Haber sido denunciado (el juez) por el mismo como autor de cualquiera falta o delito*». Son otras tantas causas legales de recusación que provienen del deseo de salvaguardar la imparcialidad del juez presuntamente condicionada por cualquiera de las situaciones indicadas. A diferencia de lo que dispone el citado artículo 13 del reglamento de los Consejos Provinciales que marca un plazo a esta circunstancia (siguiéndose o habiéndose seguido causa criminal con alguna de las partes, su conyuge, parientes consanguíneos o afines en línea recta, al tiempo de ser alegada la recusación o en los tres años precedentes), la LEci de 1855 no lo fija, de manera que la doctrina entiende que debe admitirse la alegación de estas causas cualquiera que sea el tiempo transcurrido²⁹⁵.

La «*amistad íntima*» y no amistad entre el juez y el litigante «*que se manifieste por una estrecha familiaridad*» antes o después de comenzado el pleito, como dispone la LE. mercantil (artículo 97), es la penúltima causa legal de recusación judicial. Las

293. CARAVANTES, *Tratado*, 407; HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentarios*, 169; MANRESA, MIQUEL Y RÍUS, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, 391-392. Esta causa no la recoge la legislación vigente por considerarla innecesaria tras la anteriormente citada.

294. La recoge la legislación vigente L.O.P.J. 428, núm. 8; LECiv., 189, núm. 7; LECrim., 54, núm. 8.

295. CARAVANTES, *Tratado*, 407-408; MANRESA, MIQUEL Y RÍUS, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, 393. Pasaron a la legislación vigente.

Partidas dedicaban todo un título 27, lib. 4, a tratar de la amistad, distinguiendo sus clases y aun separándola de sentimientos afines como el amor, la bien querencia y concordia; sin embargo, sobre su base, la doctrina no llegó a precisar a estos efectos el alcance de esta expresión «íntima» que al no ser declarada legalmente quedó al arbitrio judicial²⁹⁶

Finalmente la «*enemistad manifiesta*» respaldada por una larga tradición legal y doctrinal del tema cierra este elenco de causas legales de recusación judicial²⁹⁷. Según los autores de la época la enemistad ha de ser grave y manifiesta de modo que pueda deducirse de ella la posible parcialidad del juez²⁹⁸.

Los artículos siguientes, 122, 123 y 124 fijan el momento procesal en que debe efectuarse la propuesta de recusación. «*Si la causa de recusación —previene el art. 122— fuere anterior al principio del pleito, deberá hacerse aquélla en el primer escrito que se presentare por las partes*», como disponía la antigua legislación y modernamente la LE mercantil, artículo 98 y el Reglamento sobre Consejos Provinciales, entendiéndose que presentada la demanda ante el juez o contestada al que le demandó sin proponer la recusación por causa de que tuviera noticia, renuncia a ella sin posibilidad de volver contra sus actos. Solamente «*cuando la causa de recusación fuere posterior o aunque anterior no tuvieran de ella conocimiento los litigantes, podrán proponerla luego que llegue a su noticia* (art. 123), excepciones de antiguos conocidos que encuentran aquí de nuevo su formulación. «*En ningún caso, sin embargo podrá hacerse la recusación después de citadas las partes para sentencia* (art. 124). Con anterioridad los autores interpretando la famosa ley del Ordenamiento de Cortes de Alcalá de Henares de

296. CARAVANTES, *Tratado*, 408-409. Esta causa pasó a la legislación vigente, L.O.P.J., 428,10; LECiv., 189, núm. 9; LECrim., 54, núm. 10; Ver Sentencia del Tribunal Supremo de 26-11-1891 (C.J. V, II, 199); 5-3-1894 (C.J. V. I, 128).

297. Fuero Real, 1,7,10; Partidas, 3,22,24; R. Pragmática de 10 de octubre de 1574 = N. Rec., 2,10,19; Nov. Rec., 11,2,19.

298. CARAVANTES, *Tratado*, 409; MANRESA, MIQUEL Y RÍUS (*Comentarios*) 393-394. Se recogió en la legislación procesal vigente, L.O.P.J., 428, núm. 11; LECiv., 189, núm. 10; LECrim., 54, núm. 11. Algunas sentencias del Tribunal Supremo han matizado su alcance. S. 24-12-1886 (CJ. V, II, 301); S. 9-12-1896 (CJ. V, II, 215); S. 7-6-1897 (CJ. V, I, 317).

1348 (tít. V, ley única)²⁹⁹ consideraban que la recusación del juez inferior podría hacerse en cualquier momento del pleito incluso después de ser redactada la sentencia y dada al escribano con tal que no hubiese sido pronunciada; doctrina acogida por la práctica judicial y fuente de abusos en la medida en que era posible conocer el contenido de la sentencia e interponer in extremis el remedio de la recusación³⁰⁰. Esta opción quedaba definitivamente cerrada tras la promulgación de la LECivil.

Por otro lado, como se disponía de antiguo para la recusación de los jueces superiores del reino y ahora se generaliza, «*las recusaciones deberán hacerse en escrito autorizado con firma del Letrado y del litigante si éste estuviere presente*». En él se expresará *determinada y claramente la causa de recusación* (art. 125). El escrito razonado de recusación judicial debe ir acompañado de firma de letrado que autorice su redacción por considerar este trámite conveniente desde todas los puntos de vista para el adecuado desarrollo de la propuesta. Se ajusta la expresión de la causa de recusación, se da por supuesto que interviniendo letrado se observará mejor la ley e incluso adopta la propuesta de recusación un matiz formal que elimina en parte las facetas negativas que presenta para la judicatura. Las fórmulas de recusación redactadas por los autores atienden estos extremos buscando una transacción entre el debido respeto a la magistratura y la expresión de la causa de recusación³⁰¹. Por estas razones se piensa que incluso cuando las recusaciones se interponen en pleitos de menor cuantía en los que es potestativo valerse o no de letrados, los escritos deben ir autorizados con firma de letrados³⁰².

Por otro lado se resuelve en este precepto la antigua cuestión

299. Ordenanzas Reales de Castilla, 3,5,1; N. Rec., 4,16,1; Nov. Rec., 11,2,1.

300. Ver *supra*; cfr. CARAVANTES, *Tratado*, 410; MANRESA, MIQUEL Y RÍUS (*Comentarios*), 395-396.

301. Ver los formularios ajustados a esta ley que publican, entre otros, CARAVANTES, *Tratado*, pp. 536-541; S. HIDALGO, *Manual de Práctica forense civil y criminal de España y sus provincias de las Antillas*, 6.^a ed., Madrid 1876, 35-42.

302. CARAVANTES, *Tratado*, 411; MANRESA, MIQUEL Y REUS, (*Comentarios*), 400-401.

doctrinal sobre la naturaleza del poder, especial o general, necesario para proponer por procurador la recusación judicial. Al exigir la firma del recusante, si estuviera presente, la ley da a entender la necesidad de la directa intervención del mismo bien personalmente o mediante procurador en la tramitación de la recusación. De aquí la exigencia de un poder especial para llevarlo a cabo por este medio ³⁰³.

El efecto normal de la recusación es la separación del juez recusado del conocimiento del litigio. «*El ministro o juez recusado, si la causa alegada fuere cierta, deberá separarse desde luego del conocimiento de los autos*» (art. 126). La legislación posterior tras la enumeración de las causas legales de recusación exigirá a los jueces, magistrados y asesores incursos en ellas la inhibición inmediata del conocimiento del asunto «*sin esperar a que se les recuse*» ³⁰⁴. En ambos casos el propósito es el mismo, evitar toda contienda y averiguación sobre esta materia que pudiera rebajar la dignidad del juez. «*Contra esta determinación —por la que el juez se separa de los autos— no se da recurso de ninguna especie*» (art. 127), fundándose este precepto en las mismas razones que el anterior.

Si el juez recusado no se separara del negocio, bien por considerar cierta la causa de recusación o no haber sido propuesta en tiempo hábil, «*oirá a la otra parte por término del tercero día y transcurrido (dicho término) se recibirá el artículo a prueba por el de ocho. Pasados estos ocho días se unirán las pruebas a los autos, se traerán a la vista y se dictará sentencia*» (art. 128) sentencia por la cual el juez o la sala debía acceder a la recusación o denegarla. Si accedía, la sentencia no era apelable (art. 129) por la contradicción que entrañaba el que siendo dictada por el juez, en este caso de primera instancia, apelara de su misma providencia. Por el contrario, «*la sentencia en que se deniegue la recusación es apelable en ambos efectos*» (art. 130), en el suspensivo y en devolutivo, por las partes ³⁰⁵; apelación de sentencia denegatoria que sólo tiene lugar respecto del juez de primera instancia porque la

303. Ver *supra*, p. 70; cfr. MANRESA, MIQUEL Y RÍUS, *ibidem*, 402-403. CARAVANTES, *Tratado*, 411-412.

304. L.O.P.J., 429; LECiv., 190; LECrim., 55.

305. CARAVANTES, *Tratado*, 414.

misma ley previene que «*si recayere sobre recusación de Presidente, Regente o Ministro de un Tribunal causará ejecutoria* (artículo 131) y ello por ser otros magistrados y no el recusado los que han dado la providencia, de manera que ésta desarrolla los mismos efectos que la decisión del tribunal superior respecto de la del inferior.

«Denegada la recusación y consentida o ejecutoriada la providencia en que se denegare, continuarán su curso los autos según su estado (art. 132) al haberse eliminado la causa de sospecha que recaía sobre el juez. Sin embargo, «cuando se denegara la recusación se condenará siempre en costos al que la hubiera intentado (art. 135) y asimismo confirmado el acto en que se denegare la recusación, se condenará siempre en costos al apelante (art. 137), además, en estrecho paralelismo con la legislación histórica se impondrá al que la hubiese intentado «una multa divisible por mitad entre el fisco y el colitigante, que no podrá bajar de doscientos reales, ni subir de mil, si el recusado fuere juez de primera instancia; de cuatrocientos y de dos mil, si Regente, Presidente de Sala o Ministro de Audiencia; y de seiscientos y tres mil, si Presidente del Tribunal Supremo de Justicia de cualquiera de sus Salas o Ministro del mismo (art. 136). En todas las épocas, unas mismas razones de política judicial llevó a limitar por estos medios las propuestas de recusación judicial, manteniéndose también en la legislación vigente³⁰⁶.

Si por el contrario, es otorgada la recusación siendo el recusado «*presidente o ministro de un tribunal quedará separado del conocimiento de los autos*» (art. 133, pr. 1) en cuyo caso conocerán los restantes magistrados que no hubieran sido recusados, siendo bastantes para formar Sala, y si no lo fueren se suplirán los que falten con los más modernos de otras salas³⁰⁷.

Asimismo si fuera otorgada la recusación del juez de primera instancia «*se separará también del conocimiento de los autos*» (art. 133, pr. 2) de modo que se pone fin a la antigua práctica de acompañarse el juez inferior recusado de uno o dos hombres buenos de la localidad. Al quedar apartado del asunto es necesario

306. Cfr. *supra*, p. 74, L.O.P.J., arts. 455, 456, 457; LECiv., 211, 212, 213; LECrim., arts. 70, 71.

307. Cfr. *supra*, p. 83 Ver CARAVANTE, *Tratado*, 416.

que remita los autos, «previas citación y emplazamiento de las partes al que resida en el pueblo más inmediato al domicilio de los litigantes, y si lo tuvieren diverso al del demandado» (art. 133, pr. 2). Pero si en el pueblo hubiere dos jueces se remitirán los autos al que no hubiese sido recusado, y cubriendo todas las posibilidades dispone la ley «si hay tres o más (se remitirán los autos) al juez que siga por orden de antigüedad al recusado; si este fuere el más moderno al más antiguo» (art. 134) ³⁰⁸.

Ahora bien, si el auto denegatorio de recusación fuera revocado, «el Tribunal Supremo mandará remitir, por conducto del regente, al ministro de Gracia y Justicia testimonio de la sentencia revocatoria, para que se una al expediente del juez que hubiere dictado la apelada» (art. 138) e igualmente se remitirá testimonio de toda sentencia que recayere admitiendo la recusación de los magistrados, en el caso de que no se hubiesen separado, hecha la recusación del conocimiento de los autos (art. 139). Estas medidas que tienden a prevenir la actitud contraria de jueces y magistrados a las propuestas de recusación, fueron criticadas por algún autor como excesivamente rigoristas habida cuenta el grado de subjetividad que cabe en algunas de las causas legales expresadas, por lo que se llegaría a una fácil concesión de la recusación solicitada para librarse en último caso de toda censura profesional ³⁰⁹. Con algunos matices nuevos estas disposiciones rigen en la actualidad ³¹⁰.

Asimismo pueden ser recusados los jueces de paz, los asesores, los árbitros y amigables componedores, aparte de los peritos y contadores y subalternos de juzgados y tribunales a quienes dedica la LEci. la sección segunda del título III, dedicado a las recusaciones. La recusación de los jueces de paz que carece de regulación expresa deberá acomodarse a lo dispuesto en la ordinaria con las correcciones propias de los juicios verbales (tít. 21) ³¹¹. Así al prescri

308. Algunas de estas disposiciones se ajustan a la antigua práctica de recusación judicial; cfr. *supra*.

309. CARAVANTES, *Tratado*, 417; HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentarios*, 180-181; MANRESA, MIQUEL Y RÍUS (*Comentarios*), 415-416.

310. L.O.P.J., arts. 459, 460; LECiv., arts. 216, 217.

311. CARAVANTES, *Tratado*, 417-418.

bir el artículo 19 que no asistan letrados a los juicios verbales, deberá ser el recusante quien firme el escrito de recusación o por un testigo a su ruego si no supiere firmar (artículos 125 y 1.166 LEci), acordando los autores que debe ser propuesta por escrito³¹². Tampoco parece oportuna la extensión de la multa prevista para el caso de ser denegada la recusación por no estar regulada, pues según una corriente regla interpretativa lo penal no debe ampliarse. En todo caso, habida cuenta la graduación de la multa en función de la categoría del juez recusado, debería ser la mitad de la que correspondiese al recusante de un juez de primera instancia, es decir, de 100 a 500 rs. Asimismo a falta de regulación expresa se aplicará la normativa ordinaria a la recusación de asesores, distinguiendo a este efecto la doctrina entre los titulares y los nombrados por los mismos alcaldes o jueces, en cuyo caso parece que podrían ser recusados sin alegar causa al no estar el juez obligado a seguir su dictamen³¹³.

Tanto los árbitros como los amigables componedores son recusables, dice la LEci., por cuanto ejercen funciones judiciales capaces de comprometer con su parcialidad el resultado de la decisión³¹⁴. Podrán serlo «*por justa causa que haya sobrevenido después del compromiso*» o antes si el recusante «*la ignorara al celebrar el compromiso*», artículos 784 y 834. Si bien los árbitros pueden ser recusados por las mismas causas que los demás jueces (art. 785), para la recusación de los amigables componedores son causas legales las siguientes dice la ley: 1.º tener interés es el asunto que sea objeto de litigio; 2.º enemistad manifiesta. Por otro lado, la recusación de árbitros y amigables componedores debe hacerse ante ellos mismos (arts. 785 y 835 respectivamente). Solicitada la recusación si no accedieren a separarse por sí mismos, el recusante podrá repetirla ante el juez de primera instancia del partido en el que resida el árbitro recusado, o cualquiera de ellos si fuese recusado más de uno, con el fin esto último de evitar al

312. *Ibidem*, 418. Ver para lo que sigue este autor que presta especial atención a la recusación de los jueces de paz.

313. CARAVANTES, 419; HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentario*, 416-418.

314. Ver para la recusación de árbitros y amigables componedores, CARAVANTES, *Tratado*, 419-20. Cfr. lo dicho *supra* respecto a su recusación en la legislación histórica.

recusante los gastos y dilaciones que supondrían tener que acudir ante los jueces de aquellos partidos donde reside cada recusado (artículos 785 y 835). Finalmente, «mientras se sustancia el recurso de recusación ante el juez de primera instancia, quedará en suspenso el juicio arbitral, debiendo continuar después que sobre la recusación haya recaído ejecutoria» (arts. 785 y 835), pues admitida la recusación sería nulo todo lo actuado.

La recusación de los peritos, cuya actuación algunos autores asimilaban a la de los árbitros³¹⁵, podía ser pretendida por el contrario de quien los nombraba, aunque la LEci. de 1855 dispuso en su artículo 303, núm. 9, que sólo podría ser recusado el perito nombrado por el juez o las partes de común acuerdo cuando no se avinieren en los nombrados primeramente por éstos. Al prevalecer el dictamen de este tercer perito, la ley atiende preferentemente su recusación, la cual sólo será admisible con causa señalando a este respecto las de parentesco de consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil, tener interés directo o indirecto en el pleito o en otro semejante; enemistad manifiesta; amistad íntima, tener participación en sociedad, establecimiento o empresa contra la cual litigue el recusante y finalmente haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario del que recusa. Si la recusación es admitida, se reemplaza al perito en la misma forma que hubiese sido nombrado bien por sorteo o por elección del juez.

La recusación de los subalternos de los juzgados y tribunales ocupa finalmente la sección segunda del título III dedicado a la recusación judicial. Según dispone el artículo 140 «todos los subalternos del Tribunal Supremo, de las Audiencias y Juzgados de primera instancia pueden ser recusados sin causa o con ella». La referencia a «todos los subalternos» plantea problemas de interpretación, pues como tal consideraban las ordenanzas y reglamentos del Tribunal Supremo, Audiencias y Juzgados, cargos como los de procurador, canciller, tasador, alguacil y portero que no podían perjudicar directamente a las partes en juicio; de aquí que se considerase por la doctrina únicamente a los relatores y escribanos de cámara y juzgado de primera instancia y secretarios de los juzga-

315. La comenta asimismo CARAVANTES, *Tratado*, 421-22.

dos de paz³¹⁶. Aunque la Ley Orgánica del Poder Judicial ignoró este extremo, la vigente LEci., artículo 234 enumera los subalternos que pueden ser recusados en principio conforme al régimen general de la judicatura aunque con algunas modificaciones³¹⁷.

Dentro de las coordenadas generales de tiempo procesal hábil para interponer la recusación (art. 144. «Después de citadas las partes para sentencia, no puede ser recusado ningún subalterno con causa ni sin ella; art. 145, «tampoco podrá serlo en ninguna forma durante la práctica de toda actuación el que de ella estuviere encargado») y de forma exigida para su presentación, que ateniéndose a las normas generales deberá ser hecha por escrito, la LEci. distingue dos clases de recusación de subalternos de Juzgados y Tribunales, la hecha con causa y sin ella, derogada tácitamente esta última forma por la LEci. vigente (art. 235).

«Hecha la recusación sin causa se separará de toda intervención en el negocio del recusado, reemplazándolo el que le preceda en antigüedad (orden inverso al reemplazo de los jueces) art. 134³¹⁸. Si el recusado fuese el más antiguo le reemplazará el que le siga en orden (art. 141). Esta disposición rompe con la práctica anterior en cuya virtud el recusado no era separado del negocio, sino que se le nombraba un acompañado funcionario de su clase. Sin embargo no por haber sido recusado deja de percibir el funcionario sus derechos, que deberá abonárselos íntegramente el recusante «además de la parte que le corresponda de los que devengue el que lo haya reemplazado» (art. 142) como medio de evitar el perjuicio económico que le ocasiona sin mediar justificación el recusante. De todas formas la ley establece una limitación a esta clase de recusaciones reduciéndolas a dos por litigante (art. 143).

La otra clase de recusación de subalternos de juzgados y tribu-

316. CARAVANTES, *Tratado*, 423; MANRESA, MIQUEL Y RIUS, 419-20; HERNÁNDEZ DE LA RÚA, 182-183.

317. Ver el sistema expuesto en F. LASTRES, *Procedimientos civiles, criminales, canónicos y contencioso administrativos según las leyes y demás disposiciones vigentes seguidas de un manual de formulario*, 10.^a ed., Madrid 1895, pp. 208-10. Cfr. M. MIGUEL Y ROMERO, *Lecciones y modelos de práctica forense*, 2.^a ed., Madrid 1904, pp. 15-17.

318. CARAVANTES, *Tratado*, 423-24; MANRESA, MIQUEL Y RIUS (*Comentario*), 420-22.

nales es la hecha con causa (art. 140)³¹⁹. El régimen legal en este caso es muy parecido al señalado para jueces y magistrados. Así unas mismas causas legales de recusación afectan a unos y a otros (art. 146 que se remite al 121 ya analizado). «Hecha la recusación con causa si ésta fuese cierta, deberá separarse el recusado de toda intervención en el pleito y ser reemplazado de la manera prevenida en el artículo 141, es decir, por el que le preceda en antigüedad (art. 147). Un mismo procedimiento señala el artículo 148 si el funcionario no se separase. En este caso «se oirá a la otra parte y al mismo recusado por término de tercero día a cada uno, se recibirá el artículo a prueba por el de ocho y pasados se unirán los practicados a los autos y se traerán éstos a la vista para dictar sentencia», sentencia que será apelable en un solo efecto si en ella se admite la recusación y libremente y en ambos efectos, suspensivo y devolutivo, si se desestima (art. 150). En el caso que se desestime la recusación es condenado en los costos el recusante y si se admite el recusado (arts. 151, 152). Por otro lado, la sentencia consentida o ejecutoriada admitiendo la recusación provoca la separación de toda intervención en el pleito del recusado, no percibiendo ningún derecho desde el mismo momento en que se interpuso la recusación y continuando siendo reemplazado por el funcionario que le haya sustituido «durante la sustanciación del artículo» (art. 153). Por el contrario, consentida o ejecutoriada la sentencia en que se desestime la recusación volverá a ejercer sus funciones el subalterno recusado, cesando el que interinamente le haya reemplazado dice la ley en su artículo 154, debiendo en este caso el recusante abonar los derechos correspondientes a las actuaciones del artículo de prueba, al subalterno recusado y al que lo hubiera sustituido (art. 155).

Hasta aquí la exposición de algunas líneas generales de la recusación judicial en el Derecho histórico español, cuyo trazo se ha mantenido firme en ocasiones en el Derecho vigente.

1980

SANTOS M. CORONAS GONZÁLEZ

319. HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentarios*, 185-191; MANRESA, MIQUEL Y RIUS, 424-26.

EN TORNO AL MÉTODO DE LOS JURISTAS MEDIEVALES

En el momento actual, que es de búsqueda de un método adecuado a la ciencia jurídica, es interesante aludir al método, o los métodos, que utilizaron los juristas de la Edad Media. Tras muchos años de escasa atención, los estudios de diversos autores, muy especialmente los de Viehweg han venido mostrando una jurisprudencia existente en esta época que puede concurrir hoy en el conjunto de modelos entre los que pueden inspirarse las tentativas de creación de un método jurídico actual.

Esta visión de la actualidad del método jurídico medieval es, ciertamente, de origen muy reciente, y no creo que se pueda afirmar, aún hoy, que está muy extendida ante los diversos estudiosos. Sucede que el mayor obstáculo para la valoración adecuada de la utilidad actual de la jurisprudencia medieval reside en el desconocimiento que, por lo general, existe sobre ella.

Este desconocimiento sobre la ciencia jurídica medieval se muestra en el hecho de que está muy extendida la opinión de que tanto los juristas como los teólogos medievales abusaron del razonamiento silogístico de acuerdo con el instrumental lógico, dialéctico y retórico de que se disponía en aquel tiempo. Por este motivo, un sector amplio de estudiosos de la historia del pensamiento jurídico considera que las doctrinas de estos autores no son sino una «pura traslación al Derecho del método escolástico teológico, caracterizado, como hoy es harto sabido, por un tremendo rigor lógico formal: rigor tal, que habría de llevar a la corrupción del propio método, perdido en el culto a la forma, con la consiguiente deformación del contenido de los saberes que lo aplicaban»¹.

·1. Recojo esta afirmación del prof. Puy porque me parece muy representativa de la mentalidad con la que buena parte de los tratadistas

De acuerdo con la fórmula de suponer cómo se desarrolló el trabajo de los juristas medievales, el estudioso de las teorías jurídicas de los siglos XII, XIII, XIV y XV está tentado a pensar que los libros de Derecho de este tiempo presentan más bien la estructura de un tratado de lógica, según se desprende de la mentalidad a que aludo, o bien, de una ontología² hecha según un método puramente logicista.

Pero si el interesado en el conocimiento de la jurisprudencia medieval se acerca directamente a los textos de los juristas de esta época prescindiendo momentáneamente de fuentes indirectas, encontrará una cosa muy distinta de lo que indican los autores antes mencionados. Efectivamente, nada hay en ellos que recuerde a un tratado de lógica o de metafísica. En lugar de ello, encontramos un amontonamiento desordenado de casos prácticos que no guardan una relación especial con la lógica, tanto en lo que se refiere al orden de exposición de los problemas como en la *inventio* de la solución de cada tema.

Por ello, es difícil encontrar una explicación razonable de la persistencia, aún hoy, de este tipo de afirmaciones sobre el pre-

de la historia del pensamiento jurídico contemplan la jurisprudencia medieval. Cfr. *El problema de la lógica jurídica*, en "Anuario de Filosofía del Derecho", X (1963) pág. 53. El profesor Puy se apoya, para mantener esta afirmación, en un estudio que ha tenido una amplísima difusión: *Europa und das römisches Recht*, 2.^a ed. München-Leipzig 1953, de P. KOSCHAKER. Esta opinión, entre otros, ya la había mantenido un conocido historiador del Derecho romano en la Edad Media, P. Vinogradoff, quien, al hablar del renacimiento de los estudios jurídicos en la escuela de Bolonia, escribía que "Esso presenta in fondo un'applicazione al diritto del metodo che era adottato per la trattazione de tutti i problemi di teologia e di scienza, il cosiddetto metodo scolastico... Il poderoso strumento per il progresso del sapere a quel tempo fu il metodo dialettico, mediante cui la logica formale ed universale analizza concetti e costruisce sillogismi". Cfr. *Diritto romano nell' europa medievale*. 2.^a edición, Milano, 1950, págs. 45-46.

2. Vid VERDROSS, *Abendlandische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in Geschichtlicher Schau*. Wien, 2.^a ed., 1963, página 88. En este lugar, Verdross indica que el Derecho natural, durante la Edad Media, estuvo "recluido" dentro de la metafísica.

tendido carácter logicista de la jurisprudencia medieval³, sea referido a las obras de los juristas⁴ o a las de los teólogos que se ocuparon de temas ético-jurídicos⁵.

3. Nicolini se refiere explícitamente a este tema, indicando que el cuadro presentado por los que muestran a la jurisprudencia medieval como formada por silogismos "è un quadro veramente semplistico. A proposito del quale, e ben a ragione, già alla fine del secolo scorso, uno studioso acuto come Pierre de Tourtoulon, avendo esaminato direttamente e compiutamente le opere di Jacques de Rèvigny, osservava con acutezza: "comme chacun base son jugement sur une tradition un peu vague et non sur une étude des oeuvres elles mêmes, il s'ensuit que l'imagination fait une bonne part de frais"... Questi concreti e autorevoli avvertimenti sono stati tenuti presenti dal Besta..., del Brugi, dal Tamassia, e dal Meijers, per citare soltanto qualche nome. Essi sono stati poi ripresi e ampliati dal Genzmer". Cfr. *I. giuristi postaccursiani e la fortuna della Glossa in Italia*, en "Atti del Convegno Internazionali di Studi Accursiani". Bologna, October 1963, 1968, vol. III, págs. 890-892.

4. También V. Piano Mortari, recientemente, escribía que "L'opera dell'interprete si risolveva in una operazione di carattere logico in cui veniva fatto lungo impiego degli strumenti argomentativi della dialettica aristotelico-scolastica". Cfr. *Il problema dell'interpretatio iuris nei commentatori*, en "Annali di Storia del Diritto". II (1958) pág. 48. Por lo general, este autor mantiene la tesis —que no fundamenta documentalmente— que la cientificidad de la exégesis jurídica provenía, en aquellos juristas, del rigor lógico-dialéctico de sus deducciones. Vid. págs. 57, 67-69, entre otros lugares.

5. Así, por ejemplo, A. Osuna Fernández-Largo escribe que la llamada por él "ética legalista" se olvidó "de la continua indagación de las realidades morales", que fueron sustituidas "por enunciados formales que, a modo de leyes dictadas por la autoridad de los sabios, pudieran convertirse en leyes de conducta válidas para todos los hombres". El iusnaturalismo tomista, explica este autor, quedaría dentro de tal "ética legalista" ya que, en Santo Tomás, "aquellas largas explicaciones sólo son justificables por un rudimentario conocimiento de la historia de los pueblos y de la evolución y progreso de la naturaleza del hombre. No conocían más progreso en el Derecho natural que el progreso lógico de unos principios a unas conclusiones, a modo de silogismo, y que era realizado por los hombres sabios, porque los primeros principios del Derecho natural los poseían todos con un conocimiento inmediato. Esta explicación —continúa Osuna— resulta inútil en orden a probar la inmutabilidad del Derecho natural, pues concibe todo el Derecho natural como un conocimiento deductivo y axiomático, sin la menor referencia al progreso en el conocimiento humano. Bastaba, en efecto, una penetra-

Ciertamente, este juicio sobre la producción jurídica medieval se formó hace ya mucho tiempo⁶, al parecer sin ningún fundamento documental⁷. Por el contrario, las investigaciones metódicamente dirigidas a dilucidar este problema muestran algo muy distinto. Así, por ejemplo, B. Brugi, en un estudio sobre este tema que es clásico reconoce que los glosadores concieron y utilizaron diversos recursos de la gramática, dialéctica y lógica que se enseñaba en el *trivium*. Pero su método de creación del Derecho —indica Brugi— supero con mucho los moldes que ofrecían los estudios gramáticos y lógicos de aquel tiempo, y construyeron un mé-

ción en los primeros principios, de inmutabilidad absoluta, para ir construyendo todo el Derecho natural por vía de deducción de lo general a lo particular... Así, las categorías de Porfirio se convertían en instrumento para una perfecta catalogación de expresiones de Derecho natural, de las cuales, a su vez, por un procedimiento lógico, se podían deducir nuevas leyes, que, según el número de silogismos requeridos, se distinguían en próximas, remotas, remotísimas, etc... Y en todo ello no había un plan de conocimiento humano, sino un juego artificioso de clasificación, al que tan afecta era la escolástica medieval". Cfr. *Las infundadas expresiones legalistas del Derecho natural clásico*, en "La Ciencia Tomista" CIV (1977) págs. 593-599.

6. Luis Charonda, hacia 1550 en plena disputa entre el "mos gallicus" y el "mos italicus", llamaba "scholastici" a los juristas medievales, e indica que con sus libros "iniquitatis artem confixerunt". Cfr. *Verosimilium libri III*, París 1554 "praefatio". Entre los historiadores del pensamiento jurídico más moderno, vid. FICKER, *Forschungen zur Reichs und Rechtsgeschichte Italiens*, III, 1. Innsbruck, 1870, págs. 491 y ss. L. CHIAPPELLI, *La polemica contro i legisti dei secoli XIV, XV e XVI*, en "Archivio giuridico", 1881, pág. 298. R. Stintzing, cuya obra es aún de importancia fundamental, parece inclinarse también, aunque de forma más tenue, en este sentido. Vid. *Geschichte der deutsche Rechtswissenschaft*. München-Leipzig, 1880, vol. I, págs. 106 y ss.

7. B. Paradisi indicaba en 1960: "¿...perchè non toccare anche l'annosa soluzione del metodo dialettico? Gli errori della scienza meno recente sul suo impiego da parte dei Glossatori non derivano però soltanto da uno sguardo a volo d'uccello, da una sintesi troppo frettolosa. Essi hanno la loro origine nella mancanza di conoscenza positiva". Cfr. *La diffusione europea dell'opera di Bartolo e le esigenze attuali della sua conoscenza*, en "Studia et documenta Storie et iuris", XXVI (1960) página 13.

todo específicamente jurídico⁸ en el que la lógica y la dialéctica fueron empleadas muy sucintamente⁹. Paradisi, más recientemente, ha sostenido de acuerdo con Meijers que no sería exacto hablar de un método dialéctico específicamente jurídico, ya que la función de la dialéctica en los principales juristas medievales era fundamentalmente expositiva de lo que ya había sido decidido. Se

8. "... non mi sembra di ciò, col Ficker, esagerare l'importanza. Forse si potrà dimostrare che i glosatori adottarono il metodo stesso di citazione delle fonti teologiche. Se poi paragoniamo il frutto di quella scuola per la giurisprudenza, facile è vedere la grande distanza che separa la scuola bolognese dalle precedenti. La glossa bolognese emerge per la grande padronanza di tutte le fonti; per il sicuro fundamento dei principi di diritto a cui ricondusse le decisioni dei casi; per aver colpito in modo mirabile la "mens legis" e preparato le dottrine del diritto comune; per essersi sempre appropriata il tecnicismo giuridico romano, anche nei punti più sottili. Tutto si deve al metodo dei glossatori e al loro squisito sentimento giuridico". Concluye este autor indicando que, frente a la lógica y a la dialéctica, "i glossatori, favoriti di varie circostanze, fecero un metodo proprio". Cfr. *Il metodo dei glossatori bolognese*. Studi Riccobono, I. Palermo, 1936, pág. 31. Lo mismo indica H. Horn, quien hace notar expresamente, siguiendo lo escrito por Baldo, que la *vera philosophia legalis* es más que una simple *philosophia dialectica*, y expone ejemplos, ya propuestos por Baldo, de cómo la lógica jurídica es distinta de la lógica de los *artistas seu philosophos*. Vid. *Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus philosophus*, en "Ius Commune" II (1969) pág. 138.

9. "A me fa l'impressione che Irnerio sia stato molto parco nel mostrare el uso delle logica; e credo proprio abbia ragione il Besta (L'opera d'Irnerio, Torino, 1896) di dire che Irnerio, sebbene ricorresse soventi agli artifici della dialettica, non ne abusò e fu conciso e preciso nelle glosse". Cfr. *Il metodo...*, cit., pág. 27. N. Horn, por su parte, hace un estudio detenido de las partes integrantes de la argumentación jurídica de Baldo. En ella entran las Sagradas Escrituras, citas de diversos filósofos y poetas, además de las referencias al *Corpus Iuris*. En las páginas 110-112 expone la frecuencia —en forma estadística— en que es citado cada autor, por Baldo. Es significativo que los lógicos de la Edad Media no aparezcan en el primer cuadro y que, de las obras aristotélicas; la "Tópica" sólo es citada en una ocasión, lo mismo que la "Retórica" de Cicerón. En cambio, otras obras de estos autores son citadas con muchas más frecuencia. Por ello, Horn explica "dass unter den genaue- ren Zitaten die logischen Schriften des Aristoteles fast völlig fehlen". Cfr. *Philosophie in der Jurisprudenz...*, cit., pág. 131. Es interesante contrastar los resultados de este estudio con el "Índice de los textos li-

trataba de un recurso para convencer al auditorio, sin gran interés práctico, en el que lo más que se puede contemplar es, con palabras de Meijers, «un homenaje inconsciente de la superioridad de la inteligencia sobre la memoria»¹⁰.

2. No es el momento de exponer detenidamente el método o los métodos, jurídicos medievales. Esta tarea ya está realizada en buena parte¹¹ y aquí sólo pretendo aludir a vista de pájaro a lo más básico de la metodología jurídica medieval.

Sucede, en efecto, que los juristas de los siglos XII, XIII o XIV elaboraron sus teorías fundamentalmente en forma de glosa o comentario al Derecho romano. Para ello, fijaban el texto romano,

terarios" que expone A. Schiavone en *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia et transactio da Labone a Ulpiano*, Nápoles, 1971, págs. 185-190. Las fuentes filosóficas y literarias de la argumentación jurídica son extraordinariamente parecidas en el *Corpus Iuris* y en Baldo, según se desprende de la comparación entre estos dos estudios. En ambas destaca la afición por la Etica y el mínimo uso de la lógica. Por su parte, O. Behrends escribe que "Es finden sich denn auch im Werk des Mucius feinsinnige Auslegungsentscheidungen, die eine grammatische Schulung verraten, aber keine logischen Elementen". Cfr. *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex*. Göttingen, 1976, pág. 28.

10. "Il Meijers sostiene che sarebbe un errore caratterizzare gli scritti della scuola di Orleáns attraverso l'uso della dialettica e più ancora di parlare qui di un metodo dialettico specificamente giuridico. Le digressioni dialettiche non vi avrebbero un grande interesse pratico. Erano un modo di avvicinare l'uditorio, essendo "un hommage inconscient á la superiorité de l'intelligence sur la memoire". Non posso che applaudire, avendo da parte mia sostenuto il ruolo specificamente espositivo della dialettica nei Commentatori (*Metodo di esposizione e creazione del sistema nei Maestri italiani del secolo XVI*. Comm. des XI Congrès inter. des Sc. Hist. Stockholm, 1960, págs. 218 y ss.). Cfr. *La scuola di Orleáns: un'epoca nuova del pensiero giuridico. A proposito del volume di A. M. Meijers: Etudes d'histoire du droit 3/1.*, en "Studia et documenta historiae et iuris", XXVI (1960) pág. 356.

11. Vid., entre otros a L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano, 1967, págs. 79-200, que expone resumidamente los resultados obtenidos por Genzmer, Paradisi, Schulz, Kuttner, Lang, Kantorowicz, Coing, etc.... Un estudio de estilo nuevo, mucho más completo que cualquier otro es el de G. OTTE *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*. V. Klostermann, Frankfurt am Main, 1971.

sin preocuparse gran cosa de la fiabilidad de los manuscritos en que venía recogido¹² y, después, referían a cada texto los problemas que podían encontrar su solución en él.

De esta forma, el texto romano suele aparecer en el lugar central de las páginas de cada libro. Los primeros glosadores escribían entre las líneas de los juristas romanos¹³, o bien intercalaban letras en el texto y en los márgenes de las páginas desarrollaban sus exégesis¹⁴. A partir del siglo XIV encontramos una forma más depurada de comentario: el texto quedaba dividido en *leges* o *paragrapha*, y debajo de cada una de estas divisiones insertaban un *summarium* con las cuestiones que presuntamente podían ser resueltas a la luz de ese texto. Desarrollaban sus respuestas a las cuestiones del *summarium* a continuación, y una numeración marginal servía para relacionar cada desarrollo concreto con las cuestiones propuestas en el sumario antecedente.

En consecuencia, la forma externa que reviste buena parte de la jurisprudencia de la Edad Media consiste en un amontonamiento de casos prácticos hecho sobre la, a su vez, inmensa casuística romana; es decir, unos problemas que no estaban agrupados ni siquiera temáticamente, elaborados sobre unas fuentes que ya los humanistas del siglo XVI consideraron caóticas por la supuesta falta de orden con que había procedido Triboniano en la recopilación de las opiniones de los jurisperitos romanos¹⁵.

12. Normalmente aceptaban la edición del *Corpus Iuris* conocida como *litterae vulgatae*, sin preocuparse de esclarecer su contenido mediante análisis filológicos o históricos. Vid. N. HORN, *Die juristische literartypen der Kommentarenzeit*, en "Ius Commune", II (1969), pág. 86.

13. Vid., entre otros muchos, a S. KUTTNER, *Bernardus Compostellanus Antiquus*, en "Traditio" I (1943), pág. 279.

14. Savigny repara en estos dos tipos de glosas al tratar sobre la obra de Irnerio, e indica que, en este autor, cada modelo de glosa cumplía una función diferente. Según Savigny la glosa interlinear servía para aclarar, mediante sinónimos y análisis filológicos, el significado de una determinada palabra. La glosa marginal, en cambio, tenía la función de establecer conexiones lógico-conceptuales con otros lugares del *Corpus Iuris*. Cfr. *Geschichte der römischen Recht im Mittelalter*. Darmstadt, 1956, capítulo XXVI.

15. Así lo manifestaba Luis Charonda: "eósque magis exoptet quám haec obscissa et mutila veteris iuris prudentiae fragmenta, quae sic á Triboniano disposita sunt, ut nullus sit, qui non es legens, integrorum

Por su parte, el desarrollo y solución de los argumentos de que constaban cada uno de estos casos sólo presentan una cierta uniformidad en lo que se refiere al orden externo de su presentación, que solía seguir un esquema más o menos tipificado¹⁶. En cambio, el itinerario intelectual realmente seguido por el jurista en la resolución de estas «cuestiones» o casos prácticos no se deja tipificar en ningún procedimiento lógico uniforme a todos ellos. En primer lugar, el legista tenía en cuenta la *lex*, es decir, el texto del *Corpus Iuris* que interpretaban. Los juristas medievales, especialmente los glosadores de los siglos XII y XIII, volcaron sus

voluminum iacturam graviter molestésque ferat". Cfr. *Verosimilium libri III*, cit., *Praefatio*, pág. 3. M. Villey, en *La formation de la pensée juridique moderne*. París, 1968, págs. 522-523, recoge este tipo de lamentaciones de los humanistas del siglo XVI; pero las apreciaciones que aquí hace Villey sólo son ciertas parcialmente: los humanistas, al pretender ordenar el *Corpus Iuris*, no se propusieron todos el exponer su contenido "sistemáticamente". Para la mayor parte de ellos, "ordenar" el *Corpus Iuris* significaba exponer las opiniones jurisprudenciales romanas agrupadas en torno a cada autor, según el orden cronológico de su creación. Vid. sobre esto a F. CARPIÑERO, "Mos italicus", "mos gallicus" y el Humanismo jurídico racionalista. Una aportación a la historia de la metodología jurídica, en "Ius Commune", VI, (1977), pág. 129.

16. La *quaestio* jurídica medieval solía presentar la siguiente estructura: 1) Comienza por la *rubrica* o *titulus*; 2) El siguiente elemento es el *exordium*, que es sólo una frase introductoria, sin más importancia: *talis quaestio... ardua est*, por ejemplo. 3) Sigue el elemento más característico de todos: el *casus*, llamado también *causa*, *negotium*, *materia*, *tema*, etc.... El hecho de plantear el problema o caso práctico era llamado *ponere* o *proponere*; 4) Viene la sentencia, introducida por la palabra *quaeritur*, o *nunc, inde quaeritur, quaestionis est, iuris est quaestio, vertitur in quaestionis*, etc... En algunos casos poco frecuentes se emplea la fórmula *controversia est, indagatur, examinandum, propono*; 5) Después, los *disputantes*, *argumentantes*, *opponens et respondens*, exponían los *argumenta et allegationes legum*; 6) Finalmente, venía la *solutio*, término que rara vez aparecía expresamente. Vid. H. KANTOROWICZ, *The "Questiones disputatae" of the Glossators*, en "Revue d'Histoire du Droit", XVI (1938), págs. 17-29.

En la enseñanza oral, la exégesis de los textos romanos solía seguir también un cierto orden estereotipado. En primer lugar introducían una breve aclaración para cada *lex* o *constitutio*; después, exponían resumidamente lo que era considerado esencial del texto glosado; en tercer lugar, seguía la lectura de dicho texto; después de la lectura, referían a

esfuerzos en determinar el significado de cada palabra, de modo que cualquier término aislado, aunque fuera un simple adjetivo o adverbio, recibió un tratamiento hermenéutico propio. Astuti llama a este tipo de interpretación «glosas gramaticales o lexicográficas», y entiende que las que existen en la glosa de Acursio son un residuo de las antiguas glosas interlineares que se dirigían a la interpretación directa de cada palabra¹⁷. La falta de la adecuada cultura histórica y gramatical de estos juristas, con las consiguientes arbitrariedades en la interpretación del texto romano¹⁸,

ese texto los otros lugares del *Corpus Iuris*, en donde se encontraban soluciones a casos similares. Tales *sententias*, podían ser semejantes o discordantes, por lo que era preciso proceder a las *solutiones contrariorum*; en quinto lugar, ponían de relieve los principios jurídicos contenidos en el texto comentado, y que, comunmente, llamaban *brocarda*; posteriormente, venía el momento más analítico de este proceso: las *distinctiones*, y se terminaba con la exposición de la solución.

Conocemos este esquema de la *lectio* medieval en la época de los glosadores gracias a los testimonios de tres autores de aquel tiempo: Juan Bassiano (siglo XII), el Hostiense y Odofredo de Denariis (siglo XIII). Vid. sobre este tema el estudio de P. WEIMAR *Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterricht der Clossatorenzeit*, en "Ius Commune", II (1969), págs. 43-83. Una explicación bastante amplia sobre la estructura de los diferentes tipos de *quaestiones* se encuentra en la obra de C. CHEVRIER, *Sur l'art de l'argumentation chez quelques romanistes médiévaux au XII et au XIII siècles*, en "Archives de Philosophie du Droit", XI (1966), págs. 115-148. Conviene tener en cuenta, para no sobrevalorar nuestro conocimiento acerca de la metodología jurídica medieval, lo que indica U. Nicolini: "Dall'apparente uniformità della produzione giuridica di una certa età o dalle lungaggini degli scritti di una certa scuola non si giungerà che a un giudizio dall'esterno, a un giudizio esteriore". Esta cita, dirigida expresamente contra los juicios de valor de Savigny acerca del método de algunos juristas medievales, se encuentra en *I giuristi postaccursiani*, cit., Vol. III, pág. 828. En consecuencia, el itinerario real intelectual del jurista, es decir, lo que podríamos llamar el método "interno", queda al margen de los procedimientos formales que he expuesto acerca de la estructura de la *quaestio* o de la forma de enseñar el Derecho en la Edad Media.

17. Vid. *La "glossa" accursiana*, en "Atti del Convegno Internazionali di Studi Accursiani", Milano, 1968, vol. II, pág. 336.

18. U. Gualazzini considera que "Gli uomini di legge sentirono la necessità di cogliere l'essenza del pensiero del legislatore attraverso una esegesi letterale dei testi che, senza rappresentare una vera e propria

hizo de tales glosas un elemento del razonamiento jurídico especialmente ágil, cambiante, un factor de libertad y de inseguridad a la hora de determinar la solución concreta, de acuerdo con el significado que cada cual atribuía al pasaje del Derecho romano que comentaba. Por este motivo, y a fin de mantener una cierta seguridad jurídica, diversos derechos estatutarios impusieron a estos juristas la obligación de interpretar el Derecho romano *sicut littera iacet et sonat*¹⁹. A pesar de este tipo de restricciones, la jurisprudencia medieval, por lo general, no dependió de la letra de la ley, y lo que pudiera haberse reducido a una simple glosa fue, con frecuencia, auténtico comentario o, por decirlo con palabras de un jurista del siglo XIII, una *expositio generalis supra textum*²⁰. Por este motivo, la *littera legis* cumplió la función de ser un tópico más en la dialéctica de su argumentación²¹.

Además de la *lex* aducían *rationes*, que eran argumentos de conveniencia, oportunidad, lógica o justicia, que tuvieran apoyo en una ley divina o humana. Aquí se desplegaban los conocimientos históricos, dialécticos, los dogmático-jurídicos y jurisprudenciales²² al servicio de la argumentación en el Derecho. Los autores

interpretazione, consentise ugualmente di applicare la legge nella maniera più ortodossa. Per tale motivo, essi ricorsero spesso a metodo etimologico. Purtroppo non li sorreggeva alcuna preparazione glottologica. Non conoscevano neppure le regole più elementari della fonetica né el greco, né la distinzione fra il tema e la desinenza delle parole... Essi, di regola, si abbandonarono nella interpretazione delle parole a etimologie puramente fantastiche". Cfr. *Trivium e Quadrivium*, en "Ius Romani Medii Aevi", Pars. I, 5.^a, pág. 38.

19. Cfr. GENZMER, *Kritische Studien zur Mediaevistik I. Renaissance der Wissenschaft der römischen Recht, Rechtskultur und Richterverantwortlichkeit in der Darstellung Woldermar Engelmans*, en SZ Rom 61 (1941), pág. 316.

20. Vid. NICOLINI, *I giuristi postaccursiani...*, cit., págs. 884-885.

21. H. Coing equipara la función de las "leges" citadas por los glosadores con los *topoi* aristotélicos. Cfr. *Trois formes historiques d'interprétation du droit. Glossateurs, pandectistes, école de l'exégèse*, en "Revue historique de Droit français et étranger". Quatrième série 48 (1970), págs. 537 y 538.

22. La alegación de la jurisprudencia es una faceta de esta argumentación jurídica muy poco estudiada. Vid. el estudio de A. SERGÉNE, *Le précédent judiciaire au Moyen âge*, en "Revue historique de droit français et étranger" XXXIX (1961) 224-254 y 359-370.

que han estudiado la metodología de esta época están de acuerdo casi unánimemente en destacar este momento de la creación del Derecho como el más importante en los juristas de esta época²³. Efectivamente, lo decisivo en sus argumentaciones solía ser un entramado de conceptos estrictamente jurídicos que, a modo de cuerpo doctrinal común a todos los juristas permitía subsumir un *casus* en él, y determinar su naturaleza jurídica de acuerdo con la doctrina de la época. Esto supone, como es obvio, afirmar que existió una fuerte tendencia sintética en la jurisprudencia de la edad media que, mediante el contraste de un texto con los *loci paralleli aut contrarii*, buscaba la solución de los problemas gracias a la conciliación de las eventuales antinomias, o a la aplicación de reglas creadas mediante el razonamiento analógico. De esta forma al tenerse en cuenta en cada caso el complejo total del *Corpus Iuris*, consiguieron crear paulatinamente un cuerpo doctrinal jurídico unitario y coherente²⁴, de forma que tales *rationes* permitían entender un texto a la luz del conjunto del Derecho romano, que servía así de contexto²⁵.

23. Coing explica que "leur pensée pourrait être appelée "argumentative". Le légiste regarde un texte du Digeste ou du Code non comme l'expression ou l'application d'une règle générale, mais comme base ou siège d'un argument". Cfr. *Trois formes historiques d'interprétation...*, cit., pág. 531.

24. Vid., entre otros, el estudio de ASTUTI, *La "Glossa" accursiana*, en "Atti del Convegno Internazionale di Studi accursiani". Milano, 1968, vol. II, págs. 307, 308, 337, 341, entre otros lugares.

25. Indica Piano Mortari que "per cogliere la *ratio* di una norma, egli doveva sempre porla in relazione al complesso totale dell'ordinamento giuridico di cui faceva parte. Il significato di un precetto poteva esser pienamente inteso solo attraverso l'individuazione dei suoi rapporti logico-giuridici con le altre leggi del regime positivo". Cfr. *Il problema dell'interpretazione...*, cit., pág. 73. Poco más adelante, en las páginas 76-77, continúa: "Il pensiero del glossatori di un'armonia costitutiva del *Corpus Iuris* venne estesa al complesso totale del regime positivo. Il compito dell'interprete era di stabilire il significato giuridico di un singolo precetto, tenendo presente il criterio generale della necessità della coordinazione, della concatenazione e dell'armonizzazione fra tutte le norme appartenenti al medesimo sistema legislativo, indipendentemente dalla loro fonte particolare". Vid. también, para este tema, en general, el estudio del mismo autor *Cultura medievale e principio sistematico nella dottrina esegetica accursiana*, en "Studi Medievali" VI/VII, 1965,

Finalmente, utilizaban argumentos de autoridad que, en la mejor época de la jurisprudencia medieval, fueron considerados de escaso valor²⁶, y que fueron adquiriendo importancia a lo largo del siglo XIV, con el aumento de la literatura «consiliar»²⁷, llegando a provocar en el siglo XV una degeneración de todo el método jurídico, que quedó reducido en buena parte a una acumulación de opiniones sobre cada tema, de valor dudoso²⁸. Quizá sea esta la nota más negativa de la jurisprudencia que nace en la Edad Media; conviene hacer notar, de todos modos, que esta degeneración del

289-328. Sin embargo, G. Otte, estima que "Für die Beschäftigung mit dem materialen Inhalt der Jurisprudenz der Glossatoren schliesslich gewinnen wir drei Resultate: Die Mediavistik wird die kleine Begriffssysteme der Glossatoren nachzeichnen können. Hier muss sie sich hüten, mehr geben zu wollen als die Glossatoren selbst. Sie darf nicht den grösseren Zusammenhang umgreifender Systeme voraussetzen. Zweitens wird die Behandlung von Einzelproblem darstellen können. Hier hat sie darauf zu achten, das Lösungsvorschläge der Glossatorun weithin keine Endgültigkeit beanspruchen. Sie wird nicht durch übergehen das noch heutiger Ansicht abweigen den Eindruck der Stimmigkeit erwingen dürfen. Die reizvollste und wichtigste Aufgabe aber wird darin bestehen, die Entwicklung und Anwendung allgemeiner Sätze, seien sie *loci communes* oder *regulae iuris*, zu verfolgen". Cfr. *Dialektik.*., cit., págs. 229-230.

26. Vid. PIANO MORTARI, *L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali*, en "Rivista italiana per la Scienze giuridiche", VII serie III (1954-55), págs. 457-468, B. BRUGI, *Sentenze di giudici antichi e opinioni comuni di dottori*, en "Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane". Nuovi saggi. Milano, 1921, págs. 81-96.

27. Vid. L. LOMBARDI, *Saggio...*, cit., págs. 124 y ss.

28. Alfonso de Castro escribía sobre este extremo: "praesertim cum in aliis rebus leges et iura usque ad nauseam citare. Hoc autem faciunt tam frequenter et tan abunde, atque tediose, ut multo plures chartas impleant citationibus suis, quam in proferendis sententiis suis: adeo, ut si a quovis magno aliquo illorum opere testimonia legum et canonum, et aliorum Auctorum illic citata subtraxeris, et solam rerum sententiam reliqueris, ingens et immensum illud opus in parvum aliquod opusculum rediges...

Nam tam frequens et tam prolixa legum, et canonum, et Doctorum citatio ad solam proficit memorias ostentationem; non autem ad meliorem interpretationem aut maiorem confirmationem rei de qua tractat. Quae res non parvum solet audientibus aut legentibus generare fastidium, et saepe illorum perturbare memoriam. Cfr. *De potestate legis poenalis libri duo*. Murcia, 1932, L.II, cap. IX.

método jurídico se desarrolla a partir del siglo xv. Los juristas medievales más conocidos —Bartolo, Baldo y, anteriormente a ellos, Acursio, etc.— quedan a salvo de los reproches que se puedan hacer en este sentido, como incluso reconocieron los detractores de la llamada, por ellos, «jurisprudencia silogística»²⁹.

De todo esto resultaba una argumentación extraordinariamente fluida, no siempre ligada a formas preestablecidas, construida, como hemos estudiado, sobre unas fuentes muy distintas³⁰. No se trataba, por tanto, de una construcción doctrinal hecha sobre una lógica demostrativa que se mostraría en una presunta cadena de razonamientos que se deducirían necesariamente de unas premisas tenidas por indiscutibles³¹. Ciertamente, parece que existió

29. Sobre las acusaciones y defectos que se han achacado a la jurisprudencia “dialéctica”, “escolástica”, “silogística”, etc., así como las defensas que se han realizado contra estas acusaciones, vid. el resumen del estado de la cuestión que hace U. Nicolini en *I. giuristi postaccursiani...*, cit., pág. 889, nota 197.

30. U. Gualazzini indica que “Il ricorso abbastanza frequente... al diritto naturale, o al diritto divino offriva, in sostanza, il mezzo giuridicamente sicuro non solo per una applicazione più libera del principi generali, ma anche per una esegesi meno vigorosa delle fonti giuridiche, perfino di quelle giustiniana”. Este despego del principio de autoridad, en este caso de la autoridad del Derecho romano, llevó hacia una argumentación muy libre, cuya sustancia más íntima residía en la racionalidad del discurso. De esta forma —sigue explicando Gualazzini— “Guido, vescovo ferrarese, nel uso libello *De scismati Hildebrandi*, si pose un interrogativo semplicemente retorico... Per lui non è applicabili alcuna legge, intensa come somme di norme. . E tutto il suo discorso, partendo de tale presupposto, si svolge sulla base di *rationationes*, che *Proponens* e *Respondens*, dialogando (proprio secondo la metodologia della scuole di arti liberali) si pongono al fine di *universa risolvere*”. Cfr. *Trivium...*, cit., págs. 26 y 41.

31. Piano Mortari parece inclinarse a favor de la tesis del tratamiento axiomático-deductivo, según se desprende de lo que expone en *I Commentatori e la scienza giuridica medievale*, Catania, s/f, págs. 78-79. El estudio más esclarecedor sobre este tema es, quizá, el de G. Otte, *Dialektik und Jurisprudenz...* cit. Otte examina detenidamente el empleo que dieron los glosadores a la lógica, dialéctica y retórica de su tiempo. Expone, a este propósito, la estructura formal del razonamiento jurídico de estos juristas, deteniéndose expresamente en los temas de la *divisio*, *definitio*, *iudicium*, *conclusio* y *proba*. En las páginas 145 y ss. emprende el estudio del *sylogismus* y la *conclusio*. Su juicio sobre este tema lo

en la Alta Edad Media una fuerte inclinación, especialmente en los jueces prácticos, de crear Derecho de forma silogístico-deductiva³². Pero en la época que estamos estudiando prevaleció una visión de la metodología jurídica más apegada a la vida concreta, profundamente realista y práctica, muy distinta, por tanto, de silogismos y deducciones. «El jurista (medieval) —escribe Giuliani— no calcula, no hace silogismos, sino que «distingue» problemas. La teoría dialéctica de la *interpretatio iuris* parece resolverse en una teoría de la argumentación jurídica, en una metodología de problemas. Este es el motivo por el que el jurista moderno, que se

expresa indicando que “Der Eindruck dass die dialektischen Elemente in der Jurisprudenz der Glossatoren hervorrufen, ist zweipältig. Auf der einen Seite steht das ganz unsystematische, für die Verfolgung jedes beliebigen Zweckes geeignete Argumentieren. Diese zweispältigkeit entspricht der Natur der *vetus logica*... Die Jurisprudenz der Glossatoren ist in dem Zwischenreich zwischen Axiomatik und Retorik angesiedelt... Wir sind in unserer Darstellung bereits auf die hauptsächlichsten Hindernisse gestossen, die sich solchen Versuchen (se refiere a los intentos que pretenden encontrar unos nexos lógicos inmutables en las obras de los glosadores) entgegenstellen: die Unzulänglichkeit der Suche nach juristischen Axiomen”. Cfr. *op. cit.*, págs. 228-229.

32. Según expone Gualazzini, los jueces, a diferencia de los juristas, tendieron a atenerse estrictamente a la ley. Sobre este tema, este autor escribe que “Mai i giudici reagirono a tali sistemi, timorosi forse di perdere il senso della legge, che spesso era il prodotto di giurisprudenza più che di diretta esegesi di testi legislativi. Ora, mentre la coscienza dei giuristi più illuminati ed aperti chiedeva libertà assoluta nella esegesi e nella interpretazione della legge... la gretta visione di altri... spingeva a preferire la *regula iuris* alla legge, e ad accettare sapinamente la via tracciata dalla logica formale, ove tutto sembra chiaro e giusto e consequenziale, perchè essa è apodittica nei presupposti e spesso acritica nella conseguenze”. En nota a pie de página indica que “Da un iniziale schematismo suggerito da certe giuristi che suggerirono la adozione di criteri del tutto formali e assolutamente inetti a stabilire il grado di attendibilità della documentazione presentata, si passò, e non senza resistenza anche autorevoli, a sostenere la necessità di indagine più ampie, al di fuori di ogni linea preconstituita.. Si doveva mirare alla sostanza dei problemi e al fine dell’indagine più ampie, al di fuori di ogni linea preconstituita... Si doveva mirare alla sostanza dei problemi e al fine dell’indagine, che era quello di accertare una verità obbiettiva e non formale”. Cfr. *L’insegnamento del diritto in Italia durante l’alto Medioevo*, en “*Ius Romanum Medii Aevi*”, Pars I, 5 b aa. págs. 35 y 43.

mueve en la literatura medieval con las categorías de la dogmática jurídica en que se ha educado, se siente desorientado cuando afronta la forma según la cual se presenta el razonamiento «judiciaire»³³.

Por esto, el método de estos juristas, considerado desde los inicios mismos de la escuela de Bolonia, puede ser caracterizado simultáneamente como inductivo y deductivo. Deductivo, porque la misión del jurista en cualquier época es la de aplicar una regla a los casos concretos que ofrece la vida real, ensanchando o limitando el campo de aplicación de tales normas. Inductivo, porque estos juristas, partiendo desde la realidad social, es decir, desde observaciones múltiples y proposiciones singulares, llegaron hasta enunciados generales que los constituyeron en *regulae*³⁴.

Por este motivo, la formación de las normas jurídicas, llamada *traditio regule*, consistía en una *reductio ad unum* de las *causas* o *rationes* que se encontraban dispersas a lo largo del *Corpus Iuris* y que presentaban una cierta similitud³⁵, de forma que tales *causas vel rationes* encontraban en un principio general una expresión común que, de alguna forma, las representaba a todas ellas.

Por este hecho, en las glosas marginales de los siglos XII y XIII y en los comentarios que alcanzan su plenitud en el siglo XIV, encontramos una tensión entre las dos exigencias fundamentales del trabajo jurídico, es decir, entre el momento deductivo y el inductivo. Por una parte, el cometido de aplicar las normas ya existentes, localizadas en un lugar concreto del *Corpus Iuris*, encontraba su expresión en los diversos *apparatus* que crearon los juristas de este tiempo; el *apparatus* consistía en la operación

33. Cfr. A. GIULIANI, *La logique de la controverse et le droit chez les romanistes du XIIème et du XIIIème siècle*, en "Studia et documenta historia et iuris". XXXIV (1968) pág. 227.

34. Vid. NICOLINI, *I giuristi postaccursiani...*, cit., págs. 890-894. GUALIAZZINI, *L'insegnamento del diritto...*, cit., págs. 32-33.

35. Caprioli explica que "... i glossatori hanno sentito la formazione della "regula" come il procedimento col quale si attua una "reductio ad unum" delle "causa, i (dest) rationes". Nel proemio all'apparatus scrive Dino: "quia plures erant primo numero rationes ad unam ex omnibus coniunctis procedentem reducentur per regulam; et ideo proprie dicendum quod officium regule est rationes coniungere videtur". Cfr. *Tre capitoli intorno alla nozione di "regula iuris" nel pensiero dei glossatori*, en "Annali di Storia del Diritto, V-VI (1961-1962), pág. 327.

lógica mediante la que se aplicaba el principio general encontrado en el Derecho romano a un caso tomado de la vida práctica; como sucede con cualquier intento de aplicar una regla a un supuesto de hecho, lo que salta al primer plano es la norma que se considera, y el procedimiento de aplicación tiende hacia el deductivismo. Pero, por otro lado, la *regula iuris*, aparecía expresamente construida con el material fragmentario existente en el Derecho romano: se trataba de una amplísima operación de búsqueda de ideas que fueran más o menos semejantes para que, mediante la *extensio analogica*, agrupar a tales ideas en una *regula* que, en este caso, se llamaba *brocardus*; obviamente, lo que destaca de forma inmediata en este momento del quehacer jurídico es lo fragmentario, el dato suelto tomado de la vida práctica, y la regla aparece como el producto, al final del proceso ³⁶.

3. No toda la jurisprudencia medieval se hizo, sin embargo, bajo forma de glosa o comentario directo al *Corpus Iuris*, ya se tratara de *brocarda* o de *apparatus*; además de estos géneros literario-jurídicos, los juristas medievales crearon otros estilos literarios entre los que se encuentran las *quaestiones*; puede pensarse que este género literario fue el cauce por el que la lógica se adentró en el campo del Derecho. El título mismo de tales obras induce a pensar así; en efecto, las *quaestiones* hacen referencia a una forma de argumentar muy conocida entonces entre los teólogos, y los mismos juristas de aquella época llamaban a sus estudios *quaestiones dialogicae* o *quaestiones dialecticae*, ya que en ellas se seguía el método escolástico del *sic et non* ³⁷. Incluso encontramos

36. "Il brocardo esplicita il criterio generale di giudizio che, restando implicito nei testi contrari, si manifestava in forma antinomica... Differiscono i *brocarda* dagli *apparatus* per la dinamica del pensiero: mentre nei *brocarda* il *generale* viene formulato come *solutio dell'antinomia*, negli *apparatus* il principio generale è considerato immediatamente... *Brocarda* e *apparatus* alle *regule iuris* cristallizzano due momenti del pensiero giuridico: l'uno euristico (induttivo), l'altro esegetico. Ma netta separazione fra i due momenti non sono possibili, perchè sarebbe facile cogliere scambi fra essi". Cfr. CAPRIOLI, *Tre capitoli...*, cit., páginas 223-224.

37. What is a *quaestio*, if we take the term to denote a type of medieval legal literature?... In reality, this term was used by the glossators for so many different types and so very untechnically that it is hardly

quaestiones que no llevan a ninguna solución: lo único importante de ellas es la argumentación considerada en sí misma. Pero esta especie de *quaestiones* representó cuantitativamente un sector mínimo de la literatura jurídica medieval, «spinta verso l'applicazione del diritto alla vita», como indica Paradisi³⁸.

De hecho, los testimonios expresos de la época sobre la aplicación de la dialéctica al Derecho nos muestran una jurisprudencia profundamente refractaria a encasillar sus razonamientos en esquemas rígidos preconstituidos. Esto lo percibimos, por ejemplo, en Alberico de Rosate, que hacía propias las palabras de Ricardo: *Ipsa enim irridebat aliquos doctores contemporaneos suos qui studebant tradere scientiam nostram syllogistico, sophistico et dialectico modo*³⁹. De hecho, los glosadores reaccionaron contra Abelardo, indica Giuliani, porque temían una «reforma de los métodos de la jurisprudencia por parte de una persona competente en lógica, pero no en derecho... Por ello, la configuración «cualitativa» del problema jurídico nos deja únicamente sobre el terreno de las conclusiones probables»⁴⁰.

possible to give an adequate definition". Después de distinguir tipos de *quaestiones* que se encuentran en las obras de los glosadores, apunta que "the common element of these two types of *quaestiones dialogicae*, as we propose to call them, is indicated by this name. They could also be called *dialecticae*, since they have, as their essential common element, the pros and cons of a problem of which there exist, or seen to exist, contradictory solutions. Such a conception and terminology is justified by the usage of medieval theologians and philosophers: a *quaestio* is to them always dialectical...". Cfr. H. KANTOROWICZ, *The Quaestiones Disputatae...*, cit., págs. 1-3.

38. Sobre las *quaestiones sine solutio*, B. PARADISI ofrece algunos datos en *Osservazioni sul metodo dialettico nei glossatori del secolo XII*, en "Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani", cit., pág. 626.

39. La cita continúa: "...et dicebat considerare debere quod scientia nostra tradi non debet hoc modo; ... arguere enim in scientia nostra ad decapitationem alicuius de formato et forma, de substantia et accidenti et similibus modis et argumentis syllogisticis non credere bene tutum". Finalmente, negaba que éste fuera el método que habían seguido los grandes maestros de la época precedente: "nec hunc stilum secuti sunt patres et doctores nostri antiqui: Johannes, qui satis fuit subtilis, Azo, Bulgarus, Martinus, Odofredus nec alii". La cita la he tomado del estudio de PARADISI, *La "Glossa..."*, cit., págs. 626-627.

40. Indica Giuliani que "Nous voudrions ici rappeler seulement com-

Lo más probable es que los recursos dialécticos que encontramos en sus obras fueran tomados directamente del *Corpus Iuris*, en donde abundan las *definitiones* y el uso de conceptos tales como *natura, quantitas similitudo pars, totum, genus, species*, etc. ., además de los que ya encontraban en las gramáticas de su tiempo⁴¹.

Por esto, la similitud con las *quaestiones* teológicas, supuestamente más cargadas de recursos lógicos, era muy superficial, y los mismos filósofos de aquella época fueron conscientes de esta diferencia⁴². Ciertamente, algunos juristas, especialmente entre los postglosadores, siguieron el esquema estereotipado que describió Gribaldo Mofa en los conocidos versos: *praemitio, scindo, summo, casumque, figuro, perlego, do causas, connoto et obicio*. Pero, lógicamente, ¿qué otra cosa puede hacer un jurista —no importa de qué tiempo— que tiene la misión de enseñar a unos alumnos un texto legal, sino leer el texto, exponer un caso que se acomode a él, resolver las contradicciones entre las normas que lo contem-

ment les doctrines grammaticales semblent représenter un véhicule non négligeable des nouvelles tendances logiques: la grammaire doit être considérée comme un secteur de la logique médiévale". Cfr. *La logique de la controverse...*, cit., pág. 241. Poco más adelante indica que "C'est exactement dans cette subordination de "l'interpretatio iuris" à la grammaire plutôt qu'à la rhétorique que doit être considérée la volte-face des méthodes et du concept même de la science juridique médiévale". Cfr. pág. 244.

41. Cfr. PARADISI, *La "Glossa"...*, cit., pág. 628. Entre los muchos estudios acerca de la metodología jurídica romana, vid. a este propósito el de O. BEHREND, *Die Wissenschaftlehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola Pontifex*, cit., *passim*. Aunque Behrends limita su investigación a un solo autor, en él encontramos reflexiones de valor general para la mayor parte de los juristas romanos, en donde muestra la importancia que éstos dieron, de hecho, a los recursos dialécticos.

42. Kantorowicz nos indica que "the legal questions have not been compared with them (con las *questiones* teológicas). Cfr. *The "Quaestiones disputatae"...*, cit., pág. 46. Esto le lleva a escribir que "A were interrogation was not a *questio* in the technical sense Clarembault d'Arras, a third contemporary member of that influential school, says: "Ille quidam *questiones*, que de certis propositionibus constituuntur, nil habent *questiones* preter formam". Cfr. *op. cit.*, pág. 4.

plan, extraer principios generales del texto legal, y finalmente, resolver las cuestiones concretas que se plantean a propósito de ese texto? ⁴³.

Es difícil, de todos modos, describir de un solo trazo la jurisprudencia de los siglos XII al XIV. Aun aceptando la idea de una continuidad en lo fundamental entre los juristas de este período tan dilatado, no es sencillo describir el itinerario intelectual que, por lo general, siguieron realmente estos autores. Temo que los juicios de conjunto simplificadores —a unos ya ha aludido y a otros haré referencia más adelante— tienen necesariamente que naufragar ante la complejidad de la cuestión.

Hasta ahora hemos llegado a una conclusión, siguiendo la opinión más extendida entre los que han estudiado este tema, y sin perder el contacto con la experiencia personal que proviene del estudio directo de las fuentes: que deducción e inducción fueron unidas en la jurisprudencia medieval, sin que parezca posible establecer la línea de fisura entre una y otra forma de proceder, de modo que las doctrinas medievales ofrecieron *opiniones probabiles* ⁴⁴. He hecho referencia también a los canales fundamentales por los que discurre el razonamiento jurídico medieval, siguiendo el esquema de *leges-rationes-auctoritates*. Bien, ¿pero en el marco

43. Vid. en este sentido a NICOLINI, *I giuristi postaccursiani...*, cit., págs. 882-884.

44. G. Chevrier indica que el método jurídico de la Edad Media “ne dévia d’une ligne qui elle avait hérité en grande partie de l’Antiquité: *l’opinio probabilis* est toujours mêlée à la sentence apodictique et la commentaire ne se réduit pas a una froide chaîne de raisonnements à partir de prémisses tenues par incontestables. C’est la sort de l’argumentation juridique, que nous voudrions suivre, à l’époque où les constructions doctrinales ne portent pas encore l’empreinte d’une logique trop purement démonstratif”. Cfr. *Sur l’art de l’argumentation...*, cit., págs. 116-117. Coing, por su parte, explica que “nous avons appris à voir la différence entre una pensée comme celle des glossateurs et le raisonnement déductif cartésien et aussi celui des pandectistes allemands. Le légiste médiéval prend le texte romain, qui in général est *casuistique* et donne une solution à des problèmes particuliers, tout à fait au sérieux. Il n’y voit pas l’application d’un principe général: s’il la généralise, c’est qu’il le regarde comment argument de signification générale, apte a être utilisé dans una *disputatio*”. Cfr. *Trois formes historiques d’interprétation...*, cit., pág. 537.

de qué ideas más amplias encontraron fundamento estos recursos argumentativos a que he aludido?

4. Existe una idea en la ciencia jurídica medieval en la que descansó todo el valor argumentativo de los razonamientos jurídicos; me refiero a la *aequitas*. Efectivamente, la legitimidad de la *inventio argumentorum* descansaba en la *aequitas*, que es algo parcialmente distinto a lo que entendemos hoy por «equidad»; no se agotaba en conseguir la justicia del caso concreto superando el *rigor iuris*, tal como es entendida usualmente ahora. Estamos, por el contrario, ante un concepto fundamental que no se limitaba al momento de la exégesis, sino que es la llave de ciencia jurídica medieval, y al que casi todos los juristas hacían referencia al comentar la definición del Derecho de Celso como *ars boni et aequi*. Sin embargo, a pesar de tales referencias, casi nada encontramos acerca del concepto estricto de la *aequitas*: los glosadores y comentadores dan por supuesto el conocimiento completo de lo que designa este término⁴⁵. O tal vez no lo explicaron porque ello habría supuesto hacer un estudio completo de la metodología que ellos mismos seguían, y este tipo de estudios sobre la metodología tiene un origen más moderno.

Buscando entre los textos, vemos que unas veces la *aequitas* es sinónimo de la *mitigatio* del rigor del Derecho. Caprioli nos indica que solamente en tres ocasiones ha encontrado una asimilación entre la *aequitas* y lo que ahora entendemos por equidad⁴⁶. Normalmente, el pensamiento jurídico medieval tenía presente en este tema lo ordenado por Constantino en el año 314: *Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem* (C. 3,1,8), según cuyo tenor, la *aequitas* y la *iustitia* eran algo anterior al *ius* y, más concretamente, su *fons et origo*. Por este hecho, toda regla jurídica digna de tal nombre tenía su

45. "Der Versuch einer Bestimmung des materialen Gehaltes des *aequitas* aber hat die Glossatoren sichtlich wenig beschäftigt... Die Glossatoren verwenden die Begriffe *aequitas* und *aequus* ohne rücksicht auf irgendwelche Erklärungsversuche Sinnzusammenhängen, wie es Vorbilder, die Römer und Bizantiner im *Corpus Iuris* getan hatten". Cfr. H. LANGE, *Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren*, en ZS Rom. 71 (1954), págs. 321-322.

46. Cfr. *Tre capitoli...*, cit., pág. 244.

aequitas propia y por este hecho existía tanto la equidad de la *exceptio vel excusatio* (que es como es entendida hoy fundamentalmente) como la *aequitas* de las normas *quae sunt ius strictum et commune*; la *aequitas* subyace, pues, a toda norma jurídica⁴⁷. Este pensamiento lleva a algunos estudiosos a afirmar que, en el pensamiento jurídico medieval, la equidad fue identificada con la razón natural y que, conforme a este pensamiento, las normas jurídicas representaban la justicia de cada caso concreto: la *aequitas constituta*⁴⁸. Esto puede ser considerado cierto al menos parcialmente; pero no es lícito llevar esta idea hasta sus últimas consecuencias —según el entendimiento que hoy tenemos de la equidad, distinto, como estamos viendo, de la concepción medieval— y afirmar en consecuencia, que el jurista medieval «consideraba el principio de la equidad como un instrumento de transformación y de intrínseca conformación del valor de las normas vigentes», como hace Piano Mortari⁴⁹. Por el contrario, los textos nos muestran que estos juristas presentaron una doctrina sobre la *aequitas* mucho más matizadas, y al abordar el tema de las relaciones entre la *aequitas* y el *ius* solían comenzar distinguiendo dos tipos de equidad: la *aequitas rudis* y la *aequitas constituta*. Esta última fue identificada con el *ius scriptum* de modo que, al menos en esta acepción, equidad y Derecho eran conceptos equi-

47. “Mentre viene distinta un’*aequitas propria* dell’“*exceptio vel excusatio*”, acquista rilievo una “*aequitas*” della “*regula*” “*quae est ius strictum et commune*”. E non se può dimenticare che... sempre l’“*aequitas*” fonda la “*traditio regule*”. Cfr. Caprioli, *Tre capitoli...*, cit., pág. 335.

48. Vid. Piano MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza. Studi sui trattati di dialettica legale nel secolo XVI*, en “*Annali di Storia del Diritto I* (1957), pág. 358. En el estudio citado de A. ROTA, *La concezione irneriana...*, encontramos una cita de Irnerio que resume con claridad esta actitud típicamente medieval: “*idem vero sunt iustitia et aequitas. Ius vero est aequitas vel iustitia et aequitas. Ius vero est aequitas vel iustitia constituta*”. Cfr. Glosa al prólogo del tit. I, 17 del Codex.

49. Cfr. *Il problema dell’interpretatio* ., cit., pág. 94. Este juicio lo matiza páginas adelante. De todos modos, este autor defiende también la tesis opuesta y deja reducida la función de la *aequitas* en estos autores a la de rellenar lagunas, siempre sometida a la *analogia iuris*. Cfr. *op. cit.*, págs. 99-101.

valentes⁵⁰. La *aequitas rudis*, en cambio, consistía tanto en las consideraciones que se podían hacer en cada caso concreto para paliar el rigor de la norma general como en la libertad del jurista o del juez para crear Derecho de acuerdo con lo que *in corde suo liceat invenire*, sin atenerse a lo que *in lege reperitur*⁵¹.

Este tipo de *aequitas* no puede ser considerado, al menos de forma común para todos los juristas de esta época, como un instrumento con valor suficiente como para cambiar, sin más, lo estatuido en el *Corpus Iuris*. De haber sido así, hubiera podido decirse que el criterio de cada jurista fue la ley suprema de la jurisprudencia medieval, y esto es cierto. Realmente, esta es una cuestión compleja para el investigador de hoy, y tal complejidad es un reflejo de las disputas que existieron sobre este tema en las diversas escuelas medievales, que, a su vez, reflejan las declaraciones contradictorias de los *iurisprudentes* romanos cuando tratan de este problema⁵².

50. La identificación entre *ius scriptum* y la *aequitas* se encuentra expresamente en el capítulo 9 de la *Tópica* de Cicerón.

51. Vid GENZMER, *Kritische Studien...*, cit., pág. 314. Meyers entiende que la "*aequitas rudis* des Romanistes correspond au *ius naturale* des canonistes. Les mots, *rationem aut legem*, de la distinction XI, 4 du Décret de Gratian... ont été interprétés par beaucoup de canonistes par *ius naturale et civile*". Expone, a título de ejemplo, las identificaciones expresas entre *aequitas* y *ius naturale* que se encuentran en la *Summa Paucapalea*, en la *Summa Decretorum* de Rufino, de Esteban de Tournay, en la decretal *Cum tanto* de Gregorio IX, en el Hostiense, etc.... Vid. *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, en "Revue d'Histoire du Droit XVII (1941), págs. 130-131. Lo mismo indica E. Cortese, aunque no habla de *aequitas rudis*, sino de *aequitas*, simplemente. Vid. *La norma giuridica. Spunti teoretici nel diritto comune classico*. Milano, 1962, págs. 47 y ss. También son interesantes a este respecto las ideas de A. Rota expuestas en *La concezione irneriana...*, cit., pág. 242.

52. A. Biscardi nos indica que "Nelle fonti romane noi troviamo una molteplicità di accezioni del sostantivo *aequitas* e dell'aggettivo corrispondente (*aequus*) con una gamma talmente ricca di sfumature da non stupirci nel qualcuno abbia potuto considerare l'equità come una della nozioni più "evanescenti" dell'esperienza giuridica di Roma antica. Eppure tutto la più svariate accezioni oscillano fra i due poli dell'*aequitas* intensa rispettivamente quale "essenza" o quale "antitesi" del diritto positivo (*ius*)". Poco más adelante alude a "due modi di concepire l'equità nei suoi rapporti col diritto: *l'aequitas* come sostanza e giustificazione

Efectivamente, es un hecho conocido que entre los glosadores existieron dos tendencias opuestas al tratar de algunos problemas fundamentales. Exponiéndolos de forma estereotipada, conforme a su entendimiento más común, una fue la encabezada por Bulgaro, quien tuvo un sentimiento especialmente fuerte de la autoridad del gobernante. El reforzamiento de esta autoridad que se observa en su doctrina le llevó a mantener la prioridad, en todo caso, de lo establecido en el *Corpus Iuris*, de modo que «cuando surja duda entre lo dispuesto en el derecho escrito y la equidad, es decir, si se plantea si el derecho escrito es equitativo, solamente es válida la interpretación del príncipe o la de aquel a quien el príncipe hubiera concedido la potestad de interpretar y, entonces, esta interpretación es necesaria y general»⁵³. Sucedió que Bulgaro y su escuela estaban tan convencidos de la íntima racionalidad del Derecho romano que mantenían que *inter hanc (aequitas rudis) et ius nulla videtur contrarietas*. En consecuencia, el juez tenía siempre que someter su criterio a la ley escrita, estándole prohibido apartarse de ella en nombre de consideraciones equitativas. Consecuentemente con esta premisa, los juristas que mantuvieran lo contrario sólo podían ser unos *stulti*⁵⁴.

intrínseca delle norme giuridiche esistenti, e l'*aequitas* come obiettivo ideale cui tende il diritto, determinando la creazione di norme nuove a la modificazione di quelle non più conformi al sentimento della giustizia diffuso nella coscienza sociale". Cfr. *Riflesione minime sul concetto di "aequitas"*, en "Studi in memoria di G. Donatuti". Milano, 1973, vol. I, págs. 137-139. En este estudio se encuentra recogida abundante bibliografía sobre los problemas que plantea la *aequitas* en el Derecho romano.

53. "Cum dubitatio oritur inter ius scriptum et aequitatem, id est cum quaeritur an ius scriptum sit aequum, solius principis est interpretatio vel cui Princeps concessit et tunc erit necessaria et generalis". Cfr. su *Summa*, I, 1,7 y I. 12,7. Cit., por E. Meyers en pág. 119.

54. "In hoc casu et similibus, quibus inter ius et equitatem rudem questio vertitur, sibi duntaxat interpretationem divi reservant principes: hic enim, sicuti soli legibus pressunt, sic eas corrigere soli possunt, uti et facere. Quod stulti (sibi licere quodlibet putantes, equitatem, legibus apertis principum auctoritati suum preferentes sensum) contradicunt.

Quod non est fas, cum rebus humanis ideo maxime Romanum principem Deus preposuerit, ut ipse solus rudem equitatem (id est iustitiae finibus adhuc commorantem) hominibus revelaret". Esta cita la expone MEYERS,

Frente a la doctrina de Bulgaro se alzó la de su coetáneo Martino, de ideas políticas muy distintas a las de Bulgaro, y esta disparidad de opiniones sobre el poder de gobernante se traduce, ante el tema de la fundamentación de la validez del Derecho, en doctrinas muy distintas. Martino, en efecto, apoyado en diversos pasajes del *Corpus Iuris*⁵⁵, mantuvo que la *equitas bipartita est. Est equitas constituta, quae manens quod erat, incipit esse quod non erat, i.e. ius. Est et rudis, et rudis, et in hanc iudicium deprehenditur*⁵⁶. «Nosotros mantenemos —escribía un discípulo de Martino— que se ha de preferir la *equitas rudis* al *ius*»⁵⁷.

Esta preferencia de la *aequitas* sobre la ley tenía dos consecuencias; en primer lugar, el juez, basado en la equidad, podía completar la ley y conceder acción en casos no previstos por la ley. En segundo lugar, apelando a la equidad, podía negarse a aplicar la ley en algún caso concreto⁵⁸.

De todos modos, las divergencias entre ambas escuelas son menores de lo que parecen, ya que en ambas se parte del supuesto que el Derecho tiene su más interna esencia en la razón.

en *Le conflit...*, cit., pág. 120. El la toma, a su vez, de KANTOROWICZ, *Studies in the glossators of the roman law*, Cambridge, 1968, págs. 284 y ss. Para las citas anteriores, vid. *Le conflit...*, cit., de MEYERS, pág. 119. Vid. también, sobre este tema, GENZMER, *Kritische Studien...*, cit., página 314.

55. Vid. C. 3,1,8, ya citado: “placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitia...”. D. 50,17,90: “... in omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda est”.

56. Cfr. Glosa a C. 2,1,1, en las palabras “iudiciis ofcium”. Cit. por MEYERS en *Le conflit...*, cit., pág. 124.

57. Vid VACARIUS, cit. por MEYERS en *Le conflit...*, pág. 124.

58. Cfr. MEYERS, *Le conflit...*, cit., pág. 126. Vid también KANTOROWICZ, *Studies in the glossators...*, cit., págs. 113-114. ZANETTI matiza esta declaración cuando escribe que “la prudente sospensione dell’efficacia d’una norma in determinate circostanze non modifica affatto l’ordinamento giuridico: “Ipsi... canones in proprie virtutis vigore atque integritate nihilominus perseverant, quod non eorum sensus vel intellectus corrompitud vel mutatur, sed perpensa ratione pro qualitate temporis, loci vel persone. negotii, iudicantium sententia lenius informata procedit”. Cfr. *Carattere canonico dell’aequitas nella letteratura civilistica preirneriana*, en “Rivista di Storia del diritto italiano”, XXVI-XXVII (1953-54), pág. 234.

Para Bulgaro se trata de la *ratio constituta*, es decir, de la razón que se muestra en el *Corpus Iuris*. Según Martino, en cambio, es preciso apelar algunas veces a una *ratio non scripta* que era llamada *rudis ratio* o *rudis aequitas*⁵⁹.

Este esquema de las principales posiciones medievales acerca del valor y alcance de la *aequitas*⁶⁰ deja sin resolver el fondo de la cuestión porque, aunque está bien adaptado a las declaraciones programáticas de los autores de esta época, no concuerda con la estructura que realmente siguieron en sus razonamientos. Así, por ejemplo, vemos que Martino fue muy poco consecuente con su doctrina sobre la equidad, porque cuando establecía alguna opinión que se apartaba de lo indicado en el pasaje del *Corpus Iuris* que comentaba, no hacía *expressis verbis* ninguna referencia a la *aequitas* en tanto que derogadora del *ius scriptum*⁶¹, y, normalmente, este jurista buscaba en el Derecho romano apoyadura legal para sus opiniones, del mismo modo que hacían los otros glosadores⁶². Por este hecho, Azon escribía que *Martinus inhaerebat literae tam-*

59. Vid. MEYERS, *Le conflit...*, cit., págs. 127-129. Rota escribe a propósito de este tema que "presso i glossatori sono due forme di teorizzazione dell'*aequitas*, una generale e protremmo dire non vincolata di per sè, come concezione filosofica giuridica al di sopra delle fonti. L'altra specificata, accidentale, contingente, che nasce dall'apprezzamento della produzione legislativa imperiale del Codice giustiniano". Cfr. *La concezione irneriana...*, cit., pág. 245. También se encuentran ideas de interés para este tema en otro estudio de A. ROTA, *Il Tractatus de equitate come pars tertia delle Questiones de iure subtilitatibus e il suo valore storico e politico*, en "Archivio giuridico", CXLVI (1954). págs. 75-119.

60. Vid. bibliografía sobre este tema en E. CORTESE, *La norma...*, cit., Milano, 1964, vol. II, pág. 321.

61. Lange nos indica sobre Martino que "Trotz alledem ist es nicht erwiesen, ja nicht einmal warscheinlich, dass Martinus für sich und damit für jeden Interpreten das weitgehende Recht beansprucht haben soll, sich über das *ius* hinwegzusetzen, wenn das blosse Rechtsgefühl es gebietet, das im *ius strictum* keine Stütze findet. Dagegen spricht einmal das *argumentum ex silentio*. Keine der zahlreiche Glossen der Martinus, in denen von der *aequitas* die Rede ist, sagt direkt oder indirekt, dass ungeschriebenen *aequitas* dem geschriebenen *ius* sei". Cfr. *Ius aequum...*, cit., pág. 329.

62. Martino, en opinión de Lange, "...sucht und findet stets eine Legitimation seiner Ansichten aus dem *Corpus Iuris* wie jeder andere Glossator auch". Cfr. *Ius aequum* ., cit., pág. 330.

*quam Judaeus*⁶³. Pero, por encima de declaraciones personales dirigidas ad hominem, que se emitían con frecuencia sin otro fin que insultar al adversario, como es frecuente entre los juristas de esta época, lo cierto es que Martino y su escuela siguieron, al menos en el sector del Derecho privado, una actitud similar a la de Bulgaro. Lange ha estudiado este problema extensamente y sólo encuentra cuatro grupos de instituciones jurídicas que fueron fundamentadas en la equidad⁶⁴. Por lo general, indica este autor, hubo unanimidad en mantener que era indispensable mantener el *rigor iuris* en una cierta medida⁶⁵. Estas precisiones nos sitúan en condiciones de abordar con más rigor el tema de la *aequitas* en la jurisprudencia medieval; en efecto, dado que la simple adopción del esquema tradicional de la contraposición entre Búlgaro y Martino no resuelve el problema de la explicación del valor que concedieron tanto uno como otro, aunque cada cual de forma distinta, a la *aequitas*, sigue en pie el interrogante fundamental. ¿qué representó la *aequitas* para el jurista medieval?

Indicaba líneas arriba que los juristas no han dejado escrito casi nada, expresamente, sobre este tema. Caprioli repara en la equiparación que se encuentra en algunos juristas entre *aequalitas* y *aequitas*, que ya había encontrado una cierta aplicación en Cicerón⁶⁶. Según esta línea de pensamiento, que se apoya en un manuscrito anónimo en el que está escrito que *equitas est secundum tulium convenientia que in paribus casis similia iura desiderat*⁶⁷, Caprioli intenta demostrar la existencia de una relación esencial entre la equidad y la analogía, ya que el proceder analógico era

63. Cfr. glosa a la ley 2, C, de fruct. (VII, 51). La cita la he tomado de SAVIGNY, en *Geschichte...*, cit., capítulo XXVIII.

64. Son, concretamente, la "Konkurrenzlehre", la *actio utilis ex aequitate*, la *exceptio de aequitate* y la derogación de algunas *actiones stricti iuris* mediante el recurso a la *bona fides*. Cfr. *Ius aequum...*, cit., páginas 337-343.

65. Cfr. LANGE, *Ius aequum...*, cit., pág. 344.

66. Varios glosadores, entre ellos Placentino, Azon y el autor de las *Questiones de iuris subtilitatibus*, hacen suya la regla según la cual "dicitur equitas quasi equalitas". Vid. pág. 254 de *Tre capitoli...*, cit., sobre Cicerón, que mantuvo que "paribus causis paria iura", vid. *op. cit.*, pág. 230.

67. Vid. CAPRIOLI, *Tre capitoli...*, cit., pág. 247.

el recurso dialéctico que mejor se acomodaba a la relativa igualdad que fue atribuida a la equidad⁶⁸. De esta forma, deduce Caprioli que el recurso a la analogía cumplió una función muy importante en el establecimiento de las reglas jurídicas que llamaron *brocarda* y que, por ello, realmente la analogía sirvió para crear una acción o una excepción no prevista en el Derecho escrito, ya que tales acciones y excepciones fueron atribuidas a la equidad porque ésta exige un tratamiento de *similibus ad similia*⁶⁹.

Es interesante esta explicación de Caprioli, que explica muy verosímilmente la *ratio* última de la *extensio analogica*. Pero esta explicación no agota el problema que nos ocupa, ya que se refiere solamente a las reglas obtenidas o a los casos resueltos mediante la analogía, pero no explica la razón por la que la equidad fue considerada la fundamentación última de toda opinión jurisprudencial, basada o no en la analogía. Sobre este problema encontramos sorprendentemente una cierta concordancia entre juristas muy diversos. En primer lugar, este consenso se manifiesta en conceder prioridad lógica a la *iustitia seu equitas* sobre el *ius*, de modo que el *ius* recibe este nombre de la *iustitia*, porque de ella se deriva como de su madre⁷⁰. En segundo lugar, la equidad fue

68. La razón de esta conexión entre equidad y analogía, explica este autor, se encuentra en la idea acerca de la "convenientia rerum" que existe en algunas definiciones de lo que es la equidad. Vid. *Tre capitoli...*, cit., págs. 324 y 247.

69. "Il procedimento formativo della "regula" è quello che, della disciplina vigente in un'ipotesi, conduce all'affermazioni di identica disciplina in ipotesi simile; e ipotesi simile è quella in cui "eadem ratio invenitur". Azone, in forma non meno generale, glossando la parola *cause* en D. 50,17,1 aveva scritto: "cause i (dest) rationis, quia idem (ius) statuitur in similibus"... Già dai più antichi glossatori è sentita, dunque, l'identità del fondamento della "regule traditio" col fondamento del procedere analogico". Cfr. CAPRIOLI, *Tre capitoli...*, cit., 320-322. Más adelante explicó la razón de por qué *ubi eadem ratio* han de existir *eadem iura*: "E facile scorgere qui invece la coscienza della validità generale di quel principio o dello suo stesso fondamento. E, certo deve credersi che il "generalis fons" è l'*equitas*... perchè si possa "pluribus aliis attribuere" "causam i (dest) rationem redditam in uno". Cfr. *ibidem*.

70. Odofredo dejó bastantes líneas escritas sobre este tema. En el comentario núm. 7 al tít. De iust. et iur., pág. 6 de la edición de Lyon de 1550, escribe: "Potius debet ius a iustitia derivari, unde verius est

entendida como una realidad ya constituida cuando el jurista busca la solución a un caso, es un ordenamiento que existe antes que el *ius* (en algunos juristas, también antes que la *iustitia*) y que, por este hecho, debe ser considerada como fuente y origen de todo derecho y justicia⁷¹. Se trata de una *substancia*, porque, aunque debería haber sido considerada como una relación entre las cosas, esta realidad de relación se hipostasió de tal modo que apareció, en lugar de la frágil *relatio* (un modo ínfimo de ser según la filosofía dominante entonces) una *substancia perfecta*. Las *Questiones de iuris subtilitatibus* muestran este hecho con una sencillez pasmosa; comienzan, como otros tantos escritos de la Edad Media, con una alegoría, y enseñan cómo el que ha de aprender el arte de lo bueno y equitativo debe entrar, temblando por la emoción, en un templo donde están escritos con letras de oro los *libri legales*. En ese templo mora la *Iustitia*, como una madre que está rodeada de seis hijas; la *religio*, la *pietas*, la *gratia*, la *vindicatio*, la *observantia* y la *veritas*. Un anciano enseña el modo de interpretar correctamente el texto de los libros contenidos en el templo... Una

ut vos dicatis quod ius appellatur a iustitia ut a materia vel a matre... quod ius a iustitia sit appellatum derivative". Un poco más adelante, en el comentario núm. 7, se opone a los filósofos, que anteponen el *ius* a la *iustitia*, de forma que alguno de ellos "primo tractat de iure postea de iustitia"; él mantiene que "dignior est iustitia, quae magis antiquum quod ius... dicunt iustitia seu equitatem preferendam rigore iure". No parece ser consciente Odofredo de que en ambas citas está mezclando indebidamente temas distintos. En las *Questiones de iure subtilitatibus* leemos: "Ius suum cuique tribuere pars est in definitione iustitiae. Pars autem eiusmodi prior est toto. Eadem ratione et ius prius est iustitia. Sed cum dicitur ius artem boni et aequi esse, et accipitur bonum et aequum pro iustitia, videtur ipsa quasi materia prior iure". Edición de Zanetti, tít. De iustitia et iure, glosa 1. Un poco más adelante, el autor de las *Questiones* vuelve a tocar el tema: "Id quod modo ius appellamus, priusquam constitueretur, aequum fuit, et hoc quod dico in iure gentium vel civili clarum est". Cfr. *loc. cit.*, núm. 2.

71. Escribe Lange que en el *Fragmentum pragense* "Aequitas erscheint danach der Gerechtigkeit und dem Recht vorgeordnet, sie ist *fons et origo iustitiae*... Die aequitas ist danach eine objektive, vom Menschen unabhängig Ordnung, die eher da war als iustitia und ius". Se refiere, en estas citas, tanto al *Fragmentum*... como a las *Questiones*... Cfr. *Ius aequum*..., cit., págs. 320-321.

realidad como la *Iustitia* a la que aquí alude el autor anónimo de las *Questiones*, ante la que se inclinan incluso la religión y la verdad, sólo puede ser una cosa: el mismo Dios, que es la conclusión a la que llega el también anónimo autor de otros de los textos fundamentales por los que conocemos la ciencia del Derecho en la Edad Media: el *Fragmentum pragensis*, en donde se afirma que *nihil est etiam equitas quam Deus*⁷².

El hombre accede al conocimiento de esta verdad objetiva gracias a la mediación de la virtud de la justicia ya que mientras que la equidad es una cualidad de las cosas, la justicia en varios de estos escritos es una cualidad del hombre que le permite el acceso a lo equitativo. Por ello, Irnerio y Placentino afirmaron que la equidad *vertitur in rebus, id est, in dictis et factis hominum. Iustitiam autem quiescit in mentibus iustorum*⁷³. La *iustitia*, en efecto, explicaba Irnerio a finales del siglo XI, es la misma equidad cuando desciende a la voluntad del hombre, conformada ya de cierta manera⁷⁴.

5. Las diversas actitudes acerca del alcance y función de la *aequitas*, a las que ya he hecho referencia, configuraron unas mentalidades que condicionaron el discurrir histórico de la jurisprudencia en tiempos posteriores. Así, la consideración del Derecho escrito —el Derecho romano, en el caso del *ius commune*— como compuesto de racionalidad y, por ello, de equidad, llevó a considerar el *Corpus Iuris* como un monumento insuperable, como un ordenamiento ético de tal categoría que cumplía ampliamente la función de lo que hoy entendemos por «Derecho natural». Quizá por este hecho es por lo que la especulación expresa en la Edad

72. Cfr. *Fragmentum...*, cit., ed. de Fitting, en "Juristische Schriften des Mittelalters", 1876, pág. 216. La cita completa, además de en esta fuente, se puede encontrar en LANGE, *Ius aequum...*, cit., pág. 321 y en CAPRIOLI, *Tre capitoli...*, cit., pág. 249.

73. Cfr. *Summa Institutionum*, I, 1, de iust. et iur. de Placentino, en donde dice seguir a Irnerio. Cit. por E. CORTESE en "*Iustitia*" e principio soggettivo nel pensiero giuridico medievale, en "Annali di Storia del Diritto", III-IV (1959-60), pág. 122.

74. "... differt autem equitas a iustitia; equitas enim in ipsis rebus percipitur que, cum descendit ex voluntate, forma accepta, sit iustitia". Cfr. glosa "iustitia" a D.1,1,1, pr. Cit. por CORTESE en "*Iustitia*" e principio soggettivo.., cit., pág. 122.

Media sobre el *ius naturale* es tan escasa: a diferencia de lo que sucedió en la Edad Moderna, el jurista medieval no sintió la necesidad de crear un Derecho ideal opuesto al *ius scriptum* en vigor. El Derecho ideal ya estaba escrito, y en vigor, y se trataba, como es obvio, del Derecho romano.

Otros juristas, en cambio, siguieron una argumentación jurídica más libre, menos apegada a la supuesta racionalidad ínsita en el Derecho romano, y superaron las limitaciones que imponía el *ius scriptum* porque consideraron que la esencia de la juricidad reside en un orden ético objetivo que toca descubrir a los que se ocupan con la jurisprudencia. Pero esta pretendida libertad de pensamiento, como indicaba poco antes, no llegó a tener una función real en la jurisprudencia medieval: no traspasó apenas las declaraciones generales que hicieron al comentar los primeros capítulos del Digesto y de la Instituta. De hecho, los discípulos de Martino, y Martino mismo, tomaron sus soluciones fundamentalmente del *Corpus Iuris*.

Pero a pesar de estas inconsecuencias, tenemos, de esta forma, prefiguradas en la Edad Media las principales tendencias metódicas que se desarrollan en la Edad Moderna. Por una parte, el Derecho romano, factor de continuidad, de seguridad, y de orden por su íntima racionalidad, fue acogido con entera naturalidad como un tópico muy importante en la argumentación iusnaturalista moderna⁷⁵. La convicción, en cambio, de que existe un Derecho no escrito, un orden jurídico objetivo por encima del *ius scriptum*, hizo posible la legitimidad de la ocupación con el Dere-

75. Sobre la función del Derecho romano como un "tópico" importante de las argumentaciones iusnaturalistas modernas, vid. CARPINTERO, "*Mos italicus*"..., cit., págs. 164 y ss. La aproximación entre el *Corpus Iuris* y el Derecho natural fue facilitada ampliamente por las obras de los juristas "humanistas" o "cultos" del siglo XVI quienes, implícitamente —como es el caso de la mayoría de ellos— o expresamente, equipararon el Derecho con la equidad, y está con el Derecho romano que aparecía, de esta forma, como la *aequitas scripta* o el *ius naturale scriptum*. Vid. sobre este punto a A. GUZMÁN, *Derecho romano y equidad en F. Le Duren*, en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, 1978, págs. 615-619. Acerca de las relaciones entre Derecho romano y Derecho natural en época más tardía, vid., entre otros, F. STURM, *Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz*, Tübingen, 1967.

cho natural como ordenamiento jurídico ideal, aunque las normas extraídas de él fueran opuestas a las del Derecho socialmente vigente. Esta visión «equitativa» del Derecho que encontramos nítidamente reflejada en las doctrinas de algunos glosadores, fue seguida, cada vez con mayor vigor, por la jurisprudencia posterior. Pedro de Bellapertica, a finales del siglo XIII, Bartolo y Baldo, a lo largo del siglo XIV, mantuvieron en lo esencial esta visión de los fundamentos últimos de la *iurisprudencia*⁷⁶. Por esto no tiene nada de extraño que Andrés de Exea, en el primer tercio del siglo XVI, escribiera que *iudicat ut Deus qui secundum conscientiam iudicat*⁷⁷, y que Juan Bautista Vico, desde una perspectiva histórica muy amplia, calificara estos juristas como «filósofos de la equidad natural»⁷⁸.

FRANCISCO CARPINTERO

76. Vid los dos primeros párrafos del estudio de Piano MORTARI, *Il problema dell'interpretatio...*, cit., págs. 29-41.

77. Cfr. *Liber pactorum unus*. Lyon, 1542, págs. 158 y 360.

78. Cfr. *De nostri tempore studi ratione*, cit., por B. BRUGI, en *Come gli italiani intendevano la culta giurisprudenza*, en "Per la Storia...", cit., pág. 134. Hugo Grocio, refiriéndose a Irnerio, Acursio, Bartolo y otros juristas, escribía que "eran hombres muy diligentes para indagar la condición de lo que es justo y razonable". Cfr. *De iure belli ac pacis libri tres*. Lausana, 1761, *Prolegomena*, nn. 53 y 54. La traducción al castellano es mía.

DOCUMENTOS

I

LA ACADEMIA DE DERECHO CIVIL Y CANONICO EN EL SIGLO XVIII

Conocer el Derecho español en el Antiguo Régimen era tarea muy dificultosa. No sólo había un gran número de leyes no incluidas en la Recopilación de 1567 —la llamada Nueva Recopilación—, sino que en las Universidades se estudiaba fundamentalmente Derecho romano canónico, conforme a los viejos métodos. Luego resultaba, a la hora de la práctica, que los abogados ni conocían las leyes patrias, ni estaban preparados para ejercer ante los tribunales¹. Se fue así cobrando conciencia de la necesidad de cambiar los métodos de estudio y de prepararse para el ejercicio de la profesión. Una serie de medidas fueron ensayadas, entre las cuales la fundación de Academias, a veces bajo el patrocinio de alguna Universidad —ejemplo, Salamanca— y con mayor frecuencia por iniciativa individual, a base de juntarse un grupo de profesionales y formar una especie de asociación que, cuando la ocasión lo permitiera, sería elevada a la categoría de Academia, formalmente reconocida, tras cumplir una serie de trámites ante el Consejo de Castilla, que daría su aprobación final.

En Madrid surgieron varias de estas Academias de práctica jurídica, como la famosa de Santa Bárbara, sobre la que hoy disponemos de amplia información². Pero al lado de estas academias, de índole práctica, surgió alguna otra de orientación más tradicional, que sirviera, a manera de complemento veraniego, de los estudios universitarios. Tal fue el caso de la *Academia de Derecho civil y canónico*, denominada también de la Purísima e Inmaculada Concepción, que tuvo una amplia evolución y al menos dos estatutos, de diversas épocas y contenido, sobre los cuales montaremos nuestra exposición, según un esquema que va desde el estudio del proceso de su formación, a la exposición de su más elemental cuadro de organización y funcionamiento, con el acento puesto, en este último caso, en el desarrollo de los ejercicios académicos.

1. Sobre la enseñanza del Derecho en el XVIII traza un cuadro muy sugestivo y animado F. TOMÁS VALIENTE, en su *Historia del Derecho español*, 3.ª ed. (Madrid, 1981), 386-92. Amplios detalles en M. PESET REIG, *Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII*, en este ANUARIO 45 (1975), 273-339.

2. Acaba de aparecer un amplio estudio, en dos volúmenes, sobre la Academia de Santa Bárbara, que fue presentado como tesis doctoral, del tercer ciclo francés de A. RISCO, *La Real Academia de Santa Bárbara de Madrid (1730-1808)*.

PROCESO DE FORMACIÓN DE LOS ESTATUTOS

Un tanto accidentada fue la evolución por la que pasó la Academia de Derecho civil y canónico, cuyos orígenes se remontan a las reuniones formadas por un grupo de profesores en ambos Derechos en Madrid durante las vacaciones de verano. Se trataba en estas reuniones de completar la formación teórica adquirida en las Universidades a través de «conferencias y disputas», para entender de forma directa «lo que a la voz viva del maestro no percibieron» en la aulas universitarias. Así podían quedar más capacitados para el curso siguiente. El grupo de profesores, al uso de los tiempos, pensó «formar una especie de cuerpo académico o Junta». Se fijaron algunas reglas sobre el modo de funcionar y tipo de ejercicios o pruebas a celebrar.

Con el tiempo las reglas sufrieron cambios, pero en lo relativo a los ejercicios se mantuvieron en sus líneas fundamentales. La Junta fue creciendo; vinieron más profesores; hubo que ampliar los ejercicios y llegó un momento en que se pensó dar carácter oficial a la Academia, a través de la correspondiente aprobación del Consejo de Castilla. Para ello se otorgaron poderes a determinados miembros de la Academia³.

En 1779 se pidió por los representantes de la Junta aprobación de los estatutos presentados «A fin de erigir dicho cuerpo en Real Academia de la Inmaculada Concepción de ambos Derechos»⁴.

Recibida la documentación en el Consejo, el fiscal informó, al modo usual, sobre la conveniencia de que pasasen los estatutos a informe del Colegio de Abogados de la capital⁵.

En contra de lo que era habitual, el Colegio de Abogados, en su informe, propuso varias correcciones a los estatutos. Además de mejorar el trato dado a los ministros del Consejo en las constituciones, se hicieron algunos retoques a la propuesta de sello académico: «pero este sello, que es un género de divisa, no puede tener la corona imperial, según se halla divujada. Esta especie de corona únicamente debe po-

(Toulouse, 1979). Sobre la Academia de Práctica Jurídica de Valladolid hemos enviado un trabajo al homenaje al profesor Salvador de Moxó. Sobre el tema de las Academias de práctica jurídica, véase nuestro libro *Derecho y Administración Pública en el Antiguo Régimen* (Madrid, 1982)

3 La carta de poder, de fecha 6 de septiembre de 1779, en AHN, *Consejos*, leg. 735, exp. 34, fol. 1-3. (En lo sucesivo citaremos esta documentación por *Expediente* y el correspondiente folio).

Los dos comisionados, a su vez, transmitieron su poder a tres procuradores de los Reales Consejos, para llevar directamente la tramitación ante el Consejo (9 septiembre 1779) *Expediente*, fol. 3 r y v.

4 La solicitud puede verse en *Expediente*, fol. 4-5. En su encabezamiento se exponen los datos, que hemos manejado en nuestra exposición, sobre los orígenes de la Junta

5. En informe del fiscal (de 19 febrero) en *Expediente*, fol 6 y 7.

nerse sobre armas reales y que los juramentos propuestos no son conformes a los estilos practicados en otras Academias». Y así otras cosas por el estilo.

Remitida la documentación al Consejo, en el nuevo informe redactado por el fiscal no se encontrarían obstáculos a la aprobación de los estatutos, de seguir las modificaciones propuestas por el Colegio de Abogados. Y en conformidad con el informe fiscal fueron aprobados los estatutos⁶. La Academia tendría carácter oficial a partir de entonces.

A fines de siglo hubo necesidad de redactar nuevos estatutos, más claros, sencillos y precisos. Como en otras Academias, brindó la ocasión para la reforma la comprobación realizada en el Archivo de que los ejemplares impresos de las antiguas constituciones estaban a punto de agotarse. En vez de reimprimir los antiguos —cuyos defectos se habían ido decantando a través de los años transcurridos— se pensó mejor en una nueva redacción, para lo cual se tendrían en cuenta los diversos acuerdos tomados sobre el particular en sucesivas Juntas. Se trataba de poner al día las viejas constituciones, y, en concreto, de mejorar y simplificar todas aquéllas que «no han producido el efecto deseado y añadir otras que parezcan convenientes para conseguir la felicidad de la Academia». Fue nombrada una comisión de destacados miembros —con el Presidente de la Academia al frente, más dos miembros jubilados de mérito y otros dos profesores— para iniciar la labor de síntesis y puesta al día. Los trabajos se realizaron con rapidez. Al mes siguiente pudieron presentar los nuevos estatutos, que pasaron a examen de otra comisión de la Academia, asimismo de cuatro miembros. Revisados los estatutos en pocos días, fueron aprobados por unanimidad en Junta académica. Para iniciar los trámites ante el Consejo, en la misma sesión, fue elegida una comisión de tres miembros, con los correspondientes poderes; y la comisión hizo transmisión de los poderes a los procuradores de los Consejos.

Las constituciones del 95 son relativamente breves, con 40 apartados, sin divisiones, aunque precedidos de breves rúbricas.

La tramitación ante el Consejo siguió los cauces habituales. Presentación por los procuradores de la solicitud de erección de la Academia y aprobación de los estatutos; informe del fiscal para su remisión a examen del Colegio de Abogados (13 enero 1796); evacuación de informe por parte de los comisionados con leves acotaciones a los estatutos (1 mayo 96); remisión de la documentación a informe al Consejo (14 de mayo); nuevo informe fiscal, en el que se recogen

6. El acta de aprobación está fechado el 18 de julio de 1780 (*Expediente*, fol. 13).

los puntos de vista del Colegio de Abogados. Y, finalmente, aprobación por parte del Consejo de los nuevos estatutos, con las oportunas salvedades.

He aquí el texto del Consejo:

«Sin perjuicio de las regalías de Su Majestad ni de derecho de tercero se aprueban en la forma ordinaria las constituciones presentadas en doce de diciembre de mil setecientos noventa y cinco, para el régimen y gobierno de la Academia de Derecho civil y canónico de San Felipe Neri, con las limitaciones que propone la Junta del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en su papel de primero de Mayo próximo, y según se contiene en el reglamento formado por el relator. Y para su observancia líbrese el despacho correspondiente.

Madrid, treinta de junio de 1796»⁷

Para incorporar las correcciones formuladas por el Colegio de Abogados de la capital se confeccionó un pequeño reglamento, que acompaña al expediente. Y en conformidad con los estatutos inicialmente presentados y el susodicho reglamento, se elabora la disposición real, por la que se promulgan las constituciones segundas de la Academia.

ASPECTOS DE LA ORGANIZACIÓN ACADÉMICA

En su organización y funcionamiento presenta la Academia unos caracteres acordes con las peculiares finalidades asignadas. No sucede aquí como en la mayor parte de las Academias, que suelen funcionar dentro y fuera de la corte, en régimen de curso ordinario, con las correspondientes vacaciones de verano. Cuando las otras Academias, junto con las Universidades, se toman sus vacaciones, la de la Concepción abre sus puertas para dar acogida a los profesores y estudiantes que desean continuar sus tareas sin interrupción. Todo ello se reflejará no sólo en los horarios adaptados a la canícula madrileña, sino en la estructuración de la Academia y hasta en la propia manera de trabajar. Al ser un especie de academia de verano, hay muchos aspectos de su organización y funcionamiento que difieren de otras instituciones similares. Bastará examinar atentamente los dos estatutos que se conservan para poderlo advertir⁸.

⁷ *Expediente*, últimos folios, sin numerar

⁸ Hacemos una somera descripción de los estatutos, procurando destacar algunas diferencias de regulación sin necesidad de apuntar en cada caso los preceptos correspondientes, fáciles de localizar con el simple cotejo de los estatutos. En apéndice documental publicamos los segundos estatutos que aparecen recogidos en el *Expediente* citado.

Digamos, ante todo, que los primeros estatutos responden al momento histórico en que fueron redactados. Por estas fechas iniciales, a poco de ser rebasada la mitad de siglo, época de fundación de Academias, los estatutos suelen presentar una formulación directa y un tanto espontánea, con frecuentes declaraciones de principios y abundancia de carga retórica. Conforme el tiempo avanza, los nuevos estatutos se van decantando hasta ofrecer una redacción más precisa, sencilla y puntual. Algo parecido sucede —aunque tal vez en menor medida— con los estatutos de nuestra Academia de verano. De unos a otros estatutos —los segundos, según veíamos, son ya de finales de siglo— hay toda una evolución, que convendrá destacar en nuestra exposición. Una exposición que intentaremos esbozar por orden de materias y a grandes rasgos.

Los miembros de la Academia

En principio hay tres clases de miembros. Una primera denominada fijos, en número de dieciocho, que reciben el nombre de profesores o clásicos. Vienen luego los denominados asistentes, que no tienen limitada la admisión, como en otras Academias. Finalmente están los jubilados sobre los que se establecen bastantes puntualizaciones, dada la importancia que tienen estos miembros a la hora de la elección de cargos. En los segundos estatutos se distinguen entre jubilados honorarios y de mérito. Para jubilarse se necesita ser miembro de la primera clase y llevar cuatro años con normal asistencia. La jubilación se concibe como el grado más alto de la Academia «pues —según dicen los primeros estatutos— como la jubilación es el único premio que tiene la Academia, es forzoso que sólo recaiga en aquellos sujetos que se han esmerado en el cumplimiento de su obligación».

Se irían, pues, cubriendo los puestos vacantes, conforme a los méritos y dedicación a la vida académica, hasta alcanzar la condición de jubilado.

Por lo demás, la clasificación en estos segundos estatutos se complica al distinguir entre miembros actuales y actuantes, hasta formar un total de cuatro clases de miembros.

Forma de ingreso y régimen disciplinario

Para entrar en la Academia había que solicitar el ingreso por memorial, tras hacer la consabida visita al presidente. Se podía ingresar por la doble vía de profesor o de actuante. Para profesor había que ser licenciado o bachiller en leyes por alguna Universidad; pero para simple actuante bastaba con haber realizado el primer curso de leyes. A estos requisitos iniciales se añadían otros más específicos que variaban de unos a otros estatutos.

En la primera redacción de los estatutos se habían previsto pruebas de ingreso bastante exigentes. Es lo que solía ocurrir en las primeras épocas de las Academias bajo la presunción de que serían numerosos los aspirantes y se precisaría una rigurosa selección. Luego se vería que las perspectivas no resultaban tan halagüeñas.

Consistirían las pruebas de selección en un verdadero examen, que había de superarse con el voto afirmativo de la mayoría de los miembros de la Academia. Se acomodaría el examen a uno de los ejercicios habituales en la Academia, el ejercicio de conclusiones, basado en el comentario de un texto sacado de las Instituciones de Justiniano o de las Decretales, con toda una argumentación en contra por parte de miembros de la Academia durante un tiempo prefijado. Quedaban exentos de hacer el examen los doctores en Derecho por cualquier Universidad.

En los segundos estatutos todo resultaría más flexible. Sólo se necesita aprobar las pruebas de ingreso para quienes deseen entrar como profesores. Quedan exentos de examen, no sólo como antes los doctores y licenciados, sino también los propios actuantes con una cierta antigüedad y grado de dedicación a la Academia.

Superadas las pruebas y entregado un canon de ingreso, se prestaba juramento de similar modo en unos y otros estatutos.

Para guardar la disciplina académica y lograr la mayor asistencia posible se tienen previstas una serie de multas, cuya casuística —prolija y reiterativa— no es necesario aquí exponer. Todas las Academias de la época, con mayor o menor insistencia recogen un cuadro de multas que en líneas generales viene a ser muy parecido.

Organos colegiados

Como suele ocurrir con otros estatutos de Academias redactados en épocas avanzadas, los segundos y últimos de la Academia de Derecho civil y canónico, contienen una regulación pormenorizada de los diversos tipos de juntas a celebrar a lo largo del año. Los tres principales, que aparecen enumerados en sendos artículos, no responden a unos mismos criterios de clasificación. Las de tipo general, a las que han de asistir los miembros de la Academia al completo para resolver asuntos que vayan más allá de los puros ejercicios académicos, se pueden clasificar en juntas de elecciones y juntas generales propiamente dichas. Juntas de elecciones serán las que correspondan a las primeras juntas del mes de julio con la específica finalidad de elegir los cargos directivos. Juntas generales se celebran al término de las ordinarias a principios de mes, y se dedican a resolver «los asuntos arduos o de entidad que pidan la asistencia y conocimiento de todos», algunos de

cuyos asuntos aparecen enumerados en los estatutos. Ambos tipos de juntas pueden calificarse de extraordinarias, al lado de aquellas otras que puedan celebrarse cuando las circunstancias así lo exijan.

De distinto carácter y composición es la llamada Junta académica, a semejanza de la existente en otras Academias de un cierto desarrollo. En este caso se trata de un órgano específico dentro de la Academia, una especie de junta reducida, formada por cargos directivos, a los que se añaden algunos miembros más en representación del pleno de la Academia. Se trata de un órgano sumamente necesario en una institución que interrumpe sus actividades a lo largo de gran parte del año. Gracias a la Junta académica se puede mantener una cierta continuidad a lo largo de todo el año. De ahí que se asignen a este órgano de reducida composición misiones importantes, no sólo de tipo ejecutivo, sino en conformidad con su calidad de órgano permanente. Incluso se llegará a determinar que algunas de esas funciones se cumplan precisamente en el invierno, como ciertas operaciones de registro de libros. Y ello con independencia de que se haga una amplia enumeración de funciones en el largo artículo dedicado al tema. Sin duda estamos ante una Junta académica de mayor importancia relativa que en otras Academias.

Cargos directivos

Al lado de los órganos colegiados funcionan, como en otras Academias, una serie de cargos directivos con funciones de tipo ejecutivo o de representación. Se advierte aquí una cierta reducción del número de autoridades, que en estatutos de algunas Academias llegan a ser numerosas y un tanto complejas en su estructuración.

Al frente de la Academia hay un protector, elegido por los académicos entre ministros del Consejo de Castilla con honores o ejercicio. Se trata de una figura representativa, de prestigio y autoridad, que vele por los intereses de la Academia sin necesidad de seguir paso a paso el ritmo de la vida académica. De ello se encargarán dos importantes figuras: el presidente —y el vicepresidente, como sustituto— controla la buena marcha de la Academia y actúa en funciones típicamente representativas.

Un secretario —auxiliado por un vicesecretario, con carácter permanente sólo en los segundos estatutos— cuida de la documentación, lleva los libros de actas y expide los certificados. Al frente de las finanzas hay un tesorero.

Existen además unos empleos de carácter más especializado, como el fiscal, que interviene en calidad de tal fiscal en los ejercicios académicos y vigila el cumplimiento de la disciplina académica. Curiosa

es la figura del censor, que cuidará de que las conclusiones defendidas ante la Academia alcancen un adecuado nivel y no entren en colisión con las leyes y pragmáticas del reino, además de que estén redactadas en un buen latín, para lo cual dará su visto bueno o «pase» a las conclusiones presentadas con ocho días de antelación. Si hubiere lugar a la censura, se hará privadamente, y sólo en el caso de que el miembro censurado persista en su actitud, el censor oficialmente lo pondrá en conocimiento de la Academia.

EJERCICIOS ACADÉMICOS

Pero aún más que en los esquemas de organización se advierten notas peculiares en esta Academia en punto a la celebración de ejercicios. Al funcionar en verano, con profesores y estudiantes que no quieren interrumpir su formación, el trabajo en la Academia será una especie de prolongación de las jornadas universitarias. No es que exista una oficial y estricta vinculación entre la vida universitaria y la Academia de la Concepción, pero no se comprende la una sin la otra. Y ello se advierte en el conjunto de su actividad y en pequeños y múltiples detalles.

Por de pronto no es una Academia de práctica jurídica, a la manera de tantas otras, como se advierte en la propia denominación, al no haber aquí el añadido referente a la práctica jurídica. Además, no es una Academia de Derecho puramente español, sino de Derecho civil y canónico. Sólo en los últimos estatutos se añadirá el calificativo de «patrio». Notas todas ellas suficientemente expresivas de su grado de peculiaridad.

Suelen las Academias, en efecto, polarizarse hacia el conocimiento del Derecho español en su doble aspecto teórico y práctico. Habrá, incluso, algunas que presten luego atención a determinadas materias. Pero esas dos notas —atención a lo español y proyección práctica que habilite para ejercicio de la profesión— apuntan, sin duda, hacia lo más característico de su actividad. Se intenta en ellas, como es fácil adivinar, completar la formación adquirida en la Universidad por el lado menos favorecido o en aquellas materias hasta entonces poco estudiadas, para llegar así a conocer mejor el Derecho español —el que más interesa y del que menos se sabe— y aprender a desenvolverse ante los tribunales.

No sucede lo mismo con la Academia de Derecho civil y canónico. Allí se estudia en la misma forma que en las Universidades. Sólo en los segundos estatutos se pondrá mayor atención en el estudio comparativo del llamado Derecho español. En cambio a los ejercicios prácticos —que tanto espacio e importancia se les concede en otros esta-

tutos académicos— no se hará mención siquiera. Veamos el despliegue de los ejercicios que se tienen previstos.

En los primeros estatutos los ejercicios están regulados con un cierto margen de libertad. Por lo general el miembro de la Academia que interviene puede elegir el tema a desarrollar. Sólo se establece un turno, del más antiguo al más moderno, o a la inversa, según el tipo de prueba, para evitar que nadie se quede sin intervenir. Fundamentalmente los ejercicios son de dos tipos: ejercicios de conclusiones y lección de oposición.

Dos días de la semana —lunes y viernes— se defenderán unas conclusiones de tipo mixto, tanto civil como canónico, conforme a los libros de Instituta Civil o Decretales, que hayan estudiado los actantes. Habrá turnos de intervención para hacer objeciones, según una rotación establecida —dos intervenciones de profesores y otras dos de actantes— a las que se pueden añadir otras dos más libremente propuestas por los demás miembros, sin que se pueda nunca pasar de seis intervenciones «para argüir», ni tampoco rebajar el tiempo marcado previamente por los propios estatutos.

En cuanto a las lecciones de oposición se ajustarán a los esquemas de las oposiciones, esto es, eligiendo al azar tres pasajes, de las mismas materias —Derecho canónico o Instituta Civil— a libre elección del ejercitante, para desarrollar el tema a la semana siguiente por espacio de media hora, con dos turnos de objeciones de un cuarto de hora cada uno. Puede duplicarse el tiempo de intervención si así lo solicita quien interviene. Tal viene a ser la regulación de los ejercicios, concebidos en unos términos muy generales. No se hacen puntualizaciones sobre la forma de actuar ni sobre los textos de autores elegidos. Sólo se recomienda poner en conexión el Derecho civil y canónico, con lo dispuesto por «el Derecho de España», y si así lo desea el ejercitante, podrá señalar los pasajes concretos de las leyes con sus concordancias, discordancias en la forma como lo hacen aquellos autores que tratan de semejantes materias. Como se ve, todo ello con gran dosis de libertad, hasta el punto de que, si no se establecen comparaciones con el Derecho español, el ejercicio conservará toda su validez. Y sólo quien preside el ejercicio hará las oportunas comparaciones a modo de complemento.

Mayor precisión y desarrollo en punto a ejercicios se advierte en la segunda redacción de los estatutos. Se tienen previstos hasta cuatro tipos de ejercicios, junto a la lección inaugural a cargo del presidente sobre el despliegue de la Academia y en pro de su mayor esplendor y acrecentamiento.

Ya en los ejercicios de conclusiones, el Derecho español pasa a un primer plano. Entre las conclusiones que se defienden —cuyo número y distribución entre profesores aparece establecido— habrá una tocan-

te al Derecho real de España, «no pudiéndose proponer a la pública defensa materia alguna de que no traten nuestras leyes, nuestros concilios», y ello sin necesidad de acudir a las Instituciones de Justiniano o a las Decretales.

Como puede verse, el cambio ha sido muy notorio. Antes las conclusiones se basaban en los conocidos textos de Derecho romano y canónico, y sólo a modo de contraste, se acudía a las leyes españolas. Mientras, son ahora estas leyes —entendidas en un sentido muy amplio, y con gran amplitud histórica— principal objeto de atención.

En los llamados ahora ejercicios de lección sólo intervendrán profesores para leer textos por el sistema de tomar puntos como antes; pero con la particularidad de que las obras sobre las que se eligen los textos no son sólo las Instituciones de Justiniano o las Decretales, sino también otros textos hispánicos, Partidas, Nueva Recopilación, Autos Acordados, e incluso Concilios de Toledo, según una conocida edición de la época.

La lección se pronuncia en latín; hay una forma alternativa de disertación en castellano, que obliga al actuante a presentar al término de la disertación copia por escrito para su archivo y posible publicación, según un tipo de formalidades que venían siendo utilizadas en otras Academias. Tales disertaciones se ajustaban a un plan previamente marcado, de un año para otro, que podía no ser agotado, al tratarse de un ejercicio de tipo voluntario. Se trata de un plan muy sugestivo que respondía a una gran amplitud de materias, con la inclusión, no sólo de temas estrictamente jurídicos, sino de tipo histórico, político, religioso y hasta de «economía civil y política», según un estricto orden de distribución de materias.

Finalmente, se concibe ahora, como ejercicio independiente, el de argumentos, sin duda para poder computarlo a la hora de hacer méritos y promocionarse en la Academia. Hay en este sentido algunas variantes notables, como la diferenciación entre argumentos de ley y de extraordinario, o la adscripción de un número mayor de argumentos para los jubilados. Pero los turnos de intervención y el desarrollo de los ejercicios se ajustan a parecidos esquemas.

José Luis BERMEJO CABRERO

A P E N D I C E

CONSTITUCIONES DE LA REAL ACADEMIA DE DERECHO CIVIL, CANONICO Y PATRIO CON EL TITULO DE LA PURISIMA CONCEPCION

I

Casa y advocación.—Subsistirá por ahora la Academia en la casa oratorio de padres de San Felipe Neri donde está situada con el título y baxo la advocación de la Purísima e Ynmaculada Concepción de Nuestra Señora y para implorar su protección, todos los años se mandará decir una misa con la limosna de doce reales el día ocho de septiembre en la yglesia y altar que señalare el que presida con asistencia de todos los yndividuos.

II

Empleos y número de individuos—Habrá un protector, un presidente, un vice-presidente, un fiscal, un secretario, un vice-secretario, un tesorero, el número de individuos actuantes y profesores que permita la amplitud de la sala y un portero. Todos los empleos serán anuales excepto el del protector que será perpetuo y lo mismo el del portero.

III

Clases de académicos—Habrá cuatro clases de académicos: la primera la compondrán los actuantes; la segunda los profesores actuales, la tercera los jubilados honorarios y la cuarta los jubilados de mérito.

IV

Orden y asientos—El presidente ocupará el principal asiento de la mesa; a su derecha se sentará el vice-presidente; a la izquierda el fiscal, el secretario y vice-secretario tomarán las sillas de los lados; los bancos del lado derecho serán por su orden para los huéspedes, para los jubilados de mérito y honorarios y para los profesores actuales según su antigüedad y los del lado izquierdo para los actuantes. Quando asista el protector le cederá el presidente su asiento

V

Instituto—El objeto de esta Academia es consolidar los principios de Derecho civil, canónico y real adquiridos en las universidades y adornarlos con aquellas nociones teóricas e ideas correspondientes, para que los jóvenes que se hallen en esta corte en las vacaciones de verano, de los que en la mayor parte se compone la Academia, consigan la sólida instrucción necesaria para llegar a ser perfectos y verdaderos jurisconsultos españoles.

VI

Tiempo, días y horas de los ejercicios—Para realizar un pensamiento tan útil se formará la Academia los lunes, miércoles y viernes de cada semana (anteponiéndose o posponiéndose la junta en caso de ser alguno festivo) comenzando desde el penúltimo de éstos del mes de junio hasta el día diez y ocho de octubre a las ocho de la mañana en junio, julio y agosto, a las ocho y media en septiembre y a las nueve en octubre, esperando un cuarto de hora por la diferencia de los relojes

VII

Primera junta de la Academia—Para la primera junta que celebrará la Academia fixará el secretario quatro o seis días antes un edicto convocatorio, informará en este día la junta académica del resultado de sus sesiones en el invierno y del estado de los libros, caudales y factos de la Academia, advirtiendo las faltas notables que hubiere observado. En la misma junta se nombrarán ejercicios para las primeras de julio.

VIII

Propuestas—Disuelta la Academia arreglará inmediatamente la junta académica las propuestas de tres sugetos para cada uno de los empleos de vice-presidente, fiscal, vice-secretario y tesorero y de dos para el de secretario. Todos éstos serán propuestos para el empleo en que concluyen y el vice-secretario para el de secretario y así la propuesta para cada empleo constará de quatro académicos. También propondrá tres actuantes y tres profesores actuales o jubilados de mérito para las conclusiones públicas Siempre que qualquiera elegido renuncie dentro del verano (no deviéndose admitir renuncia alguna sino por medio de memorial) haya o no tomado posesión, propondrá la junta otro en su lugar. Para que las propuestas sean conformes a constitución, formará el secretario una lista de los individuos que tengan tiempo de asistencia que se requiere Los ausentes de esta corte no se propondrán para empleo ni destino alguno, a no ser que se espere su regreso dentro de ocho días desde el de la elección y no presentándose, se pasará a la propuesta de otro

IX

Plan de disertaciones—En la propia junta académica se formará el plan de temas o puntos sobre que se ha de disertar añadiendo al del año anterior los necesarios en lugar de los que hayan sido desempeñados y cuyas disertaciones estén aprobadas y archivadas. Este plan constará de veinte y quatro puntos, seis pertenecientes a la legislación, gobierno, antigüedades e historia de los humanos, seis de Derecho canónico, historia, liturgia y disciplina eclesiástica, seis de Derecho español público y privado y seis de economía civil y política, para que componiéndose la Academia de pasantes de abogados y de profesores de diferen-

tes universidades todos encuentren materias análogas a sus ideas y a su gusto. Las disertaciones voluntarias y para jubilar serán siempre sobre un punto del plan

X

Oración inaugural—En la segunda junta de junio será cargo del presidente que concluye pronunciar por sí o por otro una oración latina o castellana leyda o dicha de memoria, cuyo objeto sea persuadir el honor del instituto de la Academia, excitar a la asistencia y aplicación y señalar los medios para mayores adelantamientos y, concluida, se publicarán las propuestas

XI

Junta de elecciones.—En la primera junta de julio se celebrarán por votos secretos las elecciones. Para la de presidente leerá el secretario otra lista comprehensiva de los sugetos que tengan las calidades para obtener este cargo y se procederá a la votación, quedando elegido aquél en quien concurra el mayor número de todos los vocales; y no verificándose esto la primera vez, se procederá a segunda votación entre los dos que tengan mayoría de votos, executándose lo mismo en todas las elecciones. Para los empleos de vice-presidente, fiscal, secretario y tesorero se hará la elección de entre los propuestos. En igualdad de votos tendrá el que presida el decisivo. Para que qualquiera empleado quede reelegido deberá tener a su favor dos partes de las tres que compongan la Academia. En la misma forma se elegirán los que hayan de defender las conclusiones públicas; si alguno de estos renunciase, propuesto otro en su lugar por la junta académica, se pasará a nueva elección, executándose lo mismo hasta la tercera, y no se harán más de tres elecciones de profesor y otras tantas de actuante. Qualquiera otra elección dentro del año se hará en junta general nombrando el que presida quien interinamente regente el empleo y si fuese de conclusiones públicas podrá hacerse en qualquiera junta faltando más de dos para la general. Será nula toda elección por aclamación

XII

Juntas generales—La primera junta de cada mes será general y sólo en éstas concluidos los ejercicios se podrán decretar las expulsiones y jubilaciones, conceder el ascenso a los actuantes que pueden pasar sin ejercicio, formar nuevos acuerdos y tratar todos los asuntos arduos y de entidad que pidan la asistencia y conocimiento de todos. También será junta general la última del curso académico. Quando haya tanta multitud de negocios que no sean éstas bastantes para resolverlos y la urgencia del asunto no permitirá tardanza, se señalarán otras extraordinarias a petición de la junta académica a la que serán convocados los jubilados por medio de esquelas

XIII

Junta académica.—Habrá una junta académica que se compondrá del presidente, vice-presidente, fiscal, secretario, dos jubilados de mérito y de dos profesores actuales de continua asistencia. En la primera junta académica que se celebre después de la general de elecciones se elegirá un individuo jubilado, que, junto con el vice-presidente, que concluye, hayan de componerla aquel año.

Durante el verano asistirán a ella los dos profesores más antiguos y la última junta general elegirá los dos de esta clase que por tener residencia fija en esta corte puedan asistir el invierno. A esta corresponderá censurar las disertaciones del plan anual y las que remita a este fin a la Academia la real Cámara y el Consejo de Ordenes y lo mismo los libros y demás que embie el Consejo Real; executar lo propio con las conclusiones públicas, y determinar definitivamente los expedientes que la Academia tenga a bien encargarla para evitar disputas, sindicar los empleados, tomar cuentas una vez al año al tesorero, registrar durante el invierno los libros de aquellos y reconocer la existencia de los libros, papeles y demás efectos que están a cargo del secretario. Los ex-presidentes, aunque no haya necesidad de convocarlos para esta junta, con todo si tubiesen noticia de su celebración y quisiesen asistir, tendrán voz y voto. Sus sesiones serán en la sala de juntas, presidiendo el ex-presidente más antiguo a falta del presidente y vice-presidente. Todos los meses del año por lo menos habrá una junta académica ordinaria en el día veinte, celebrándose otras extraordinarias quando lo juzgue necesario el que presida o lo pida el fiscal.

XIV

Ejercicios de conclusiones—Todos los miércoles y viernes (que no haya junta general) un profesor actual y un actuante defenderán cuatro o más conclusiones mixtas de los tres Derechos civil, canónico y real de España siempre que la materia lo permita, pero nunca se dispensará que a lo menos una de ellas sea del Derecho patrio, no pudiéndose proponer a la pública defensa materia alguna de que no traten nuestras leyes, nuestros concilios, sin que sea necesario deducirlas de la Instituta de Justiniano, ni de las Decretales de Gregorio IX.

XV

Ejercicios de lección—Todos los lunes habrá lección latina, excepto en las semanas en que se tenga la junta general otro día, en cuyo caso en éste deberá tenerse la lección o disertación, para lo qual tomará puntos la junta anterior, finalizados los ejercicios, un profesor a su arbitrio en la Instituta, Decretales, Decreto de Graciano, Leyes de Partida, Recopilación y autos acordados o en los Concilios de España por la Suma de Don Silvestre Pueyo. En la lección que durará media hora se expondrá la conformidad o disparidad de los tres Derechos.

XVI

Exercicios de disertación.—Será permitido en lugar de lección disertar en idioma castellano con el mayor método, elección de voces y frases y pureza de estilo. Estas disertaciones después de leydas se entregarán al secretario puestas en limpio a media margen en quartilla y firmadas, para que dando cuenta a la junta académica, censuradas con separación y por escrito por dos de ella y aprobadas por ambos o por toda la junta, se archiven en una arca con tres llaves, para si en algún tiempo a la Academia pareciese conveniente dar al público sus trabajos.

XVII

Exercicios de argumentos.—El que defienda conclusiones sufrirá hasta seis argumentos: los quatro de ley, que pondrán dos actuantes y dos profesores y los restantes de extraordinario. El que lea sufrirá dos argumentos de a quarto de hora cada uno de dos profesores. A las disertaciones voluntarias habrá dos argumentos de ley puestos por un profesor y un actuante y se permitirán de extraordinario hasta completar el número de quatro, pero cuando la disertación sea para jubilar podrá haver seis argumentos quatro de ley de dos profesores y dos actuantes y los demás de extraordinario. Todos los argumentos se repartirán baxo un mismo turno empezando por los más modernos y arguyendo los que hayan defendido, presidido, leydo o disertado en la junta anterior y de éstos en el día de conclusiones el profesor propondrá su argumento contra la de Derecho patrio o a lo menos hará una reflexión antes de arguir contra qualquiera otra conclusión. El actuante será preferido al profesor y el más moderno al más antiguo, mas en los argumentos de extraordinario lo será el antiguo al moderno y habiendo profesores que arguyan, sólo se permitirá un argumento a los actuante. Los argumentos a las disertaciones serán en lengua castellana.

XVIII

Señalamiento de exercicios.—Todos los exercicios se nombrarán por turno quince días antes comenzando donde concluyó el año anterior, subiendo en los de lección y descendiendo en los demás, deviendo firmarse su aceptación con expresión del día y clase de exercicios en una lista que tendrá a este fin el secretario, el cual sólo publicará los aceptados y para ello procurará recoger privadamente la aceptación del individuo presente a quien corresponda nombrar en aquel día y si no se hallase allí, sólo se esperará una junta, en la que no presentándose, se procederá a nombrar el que sigue. Todo académico tendrá facultad de embiar la aceptación por escrito y firmada y no haciéndolo así, perderá el lugar, mas no el turno.

XIX

Encargo de ejercicios y falta de ellos—Será libre a los académicos nombrados encargar el ejercicio aceptado, el que se anotará a los individuos que le desempeñen. Quando falte alguno en el día que deve exercitar, podrá qualquiera de su clase ofrecerse a tener el ejercicio y se le notará en los libros con la calidad de haverle desempeñado de repente y en defecto de éste será cargo del que presida sufrir los argumentos de ley y explicar lo más principal de la materia quando el ejercicio sea de lección o disertación.

XX

Conclusiones públicas—Todos los años en el mes de octubre antes de cerrarse la Academia defenderán conclusiones públicas de una materia que abraze los tres Derechos, civil, canónico y patrio por un actuante y un profesor y se imprimirán en un pliego a expensas de la Academia los exemplares que se hayan de repartir a los individuos y demás cuerpos literarios; a falta de fondos se contribuirá por los empleados, los profesores actuales y los actuantes, computando dos de éstos por un profesor y el presidente por dos. Los individuos encargados de este ejercicio estarán esentos de la asistencia desde el día de su aceptación hasta el de las conclusiones. Ocho días antes se tendrá a puerta cerrada una tentativa sin limitación de tiempo. A falta de actuante podrá el profesor defenderla sólo y lo mismo el actuante a falta de éste si estuviese condecorado con el grado de bachiller en leyes o cánones. A la defensa de conclusiones públicas precederá la lectura de un discurso breve en que el profesor explique los principios de la materia, el qual se presentará antes a la junta académica para obtener su aprobación.

Este ejercicio se tendrá en día festivo empezando a las tres de la tarde, en la junta próxima votará la Academia, si los que le han desempeñado son acreedores a los premios académicos.

XXI

Admisión de académicos—Todo pretendiente manifestará su ánimo por medio de memorial con expresión de patria, calle y casa de su habitación (deviendo después de admitido repetir este aviso siempre que la mude) procurando antes visitar al presidente y recibir su pase rubricado y presentará a lo menos el grado de bachiller en leyes o cánones si fuese para profesor, y para actuante bastará tener un año de jurisprudencia; igualmente depositará veinte reales en el secretario si pretende entrar por actuante y quarenta si por profesor. Entre los pretendientes será preferido el actuante al extraño, el doctor o licenciado de universidades aprovadas o abogado al bachiller y en igualdad de grado el más antiguo al más moderno presentando sus memoriales en una misma junta para los actuantes se observará la antigüedad de cursos. De esta petición se dará traslado al fiscal, quien no encontrando inconveniente, se le admitirá sin exer-

cicio en la clase de actuante y en la de profesor habiendo leydo media hora, respondido a dos argumentos de a quarto de hora y a dos preguntas de cada profesor, después de lo cual se votará secretamente y no se usará del nemine en ésta ni en qualquiera otra votación. Estarán exentos de este ejercicio los doctores, licenciados de universidades aprovadas y abogados, los que hayan actuado las conclusiones públicas aprovado el ejercicio contándose su antigüedad desde que se encargaron de ellas y pudieron ascender y los actuantes que hayan asistido quatro años naturales y en ellos catorce meses útiles y tenido seis ejercicios mayores. Por éstos en este y qualquier otro caso se estenderán las presidencias y defensas de conclusiones, las lecciones y las disertaciones leydas y entregadas aunque no hayan sido aprovadas. Antes de tomar posesión de la clase de profesor, promete el pretendiente la defensa del misterio de la Inmaculada Concepción de María Santísima, lo establecido en la sesión quince del concilio de Constanza y la observancia de constituciones; sólo se exigirá de los que hayan de ser actuantes esta última promesa y a todos se entregará un exemplar de constituciones. Se volverá el depósito al reprobado y al que antes de exercitar desista de su pretensión o la Academia no tenga a bien admitirle.

XXII

Jubilación de mérito—La jubilación de mérito sólo se concederá a los profesores que hayan asistido quatro años naturales y en ellos trece meses útiles, deduciéndose todas las ausencias, enfermedades y disculpas, aunque hayan sido por pocos días y con justa causa a excepción de la que se concede para las conclusiones públicas, pero no se dará a quien no haya tenido seis ejercicios mayores en su clase de los quales uno sea de lección o de disertación. El que pretenda la jubilación deberá pedirla por memorial ofreciendo disertar y pidiendo señalamiento de día para exercitar; el secretario a continuación certificará el tiempo de asistencia y sus ejercicios, y dado traslado al fiscal; no encontrando reparo exercitará en qualquier día; aprobado el ejercicio y entregada la disertación en limpio, se le concederá la jubilación de mérito en la junta general. Estará libre de exercitar el que haya tenido en la clase de profesor las conclusiones públicas, u dos disertaciones o una y la oración inaugural. Serán éstos unos individuos distinguidos que ocuparán los primeros asientos según la antigüedad de su jubilación y no estarán obligados a asistir.

XXIII

Jubilación honoraria.—Se concederá sólo la jubilación honoraria a los profesores que hayan tenido en su clase por lo menos un ejercicio mayor y conseguido antes de completar el tiempo para jubilar por la carrera de las letras un empleo recomendable, y esto se hará en junta general oído antes por escrito el parecer de la junta académica. Esta jubilación se pedirá también por medio de memorial. Los jubilados honorarios gozarán de iguales prerrogativas que los de mérito.

XXIV

Protector.—Protector de la Academia será un señor ministro de los Consejos de Estado o Real y no podrá ser elegido ningún extraño quando concurran estas calidades en algún jubilado de mérito u honorario. Comisionará el que presida dos individuos que le manifiesten los votos de la Academia entregándole un exemplar de constituciones enquadernadas en tafilete, se le recibirá y despedirá en pie con suspensión del acto y le acompañarán dos profesores y dos actuantes hasta tomar el coche. Protegerá la Academia y procurará sus mayores aumentos; con su anuencia se señalará el día para las conclusiones públicas, suplicándole asista a ellas. La Academia no podrá suplicar ni recurrir a Su Magestad ni al Consejo sino con acuerdo de su protector. En la elección de este empleo se observarán las mismas reglas que en la del presidente.

XXV

Presidente—Será elegido presidente el que residiendo en esta corte tenga por lo menos dos años naturales de jubilación de mérito y se halle condecorado con el grado de doctor o licenciado en leyes o canones por universidades aprovadas o sea abogado de los reales consejos. Su voz será el gobierno económico de la Academia, dirigirá sus actos y ejercicios, dispondrá lo más oportuno para el común aprovechamiento, en las disertaciones y lecciones corregirá y advertirá lo que juzgue, cuidará de que en las conclusiones y argumentos se adelanten las dificultades y se extiendan las soluciones o respuestas, manifestará y suplirá quantas faltas notare, cortará las disputas impertinentes, rubricará todos los decretos que diere, cuidará la observancia de las constituciones, firmará las certificaciones, acuerdos y libramientos, tendrá una llave del arca de disertaciones, para todas las comisiones graves propondrá dos individuos jubilados o actuales por cada uno que se haya de elegir, nombrará interinos para todos los empleos de la Academia y de la junta académica, se le recibirá y despedirá en pie con suspensión de los ejercicios y procurará asistir lo más que pueda y por lo menos los días de junta general y académica.

XXVI

Vice-presidente—Sólo podrán obtener el empleo de vice-presidente los jubilados de mérito. Quando el presidente falte a la Academia o junta académica hará sus veces y ejercerá sus facultades, más no disfrutará de sus honores, no alterará sus providencias, ni resolverá en los casos que no lo permitan estas constituciones y estén reservados al presidente a no ser que esté ausente y haya peligro en la tardanza, asistirá puntualmente a todas las juntas, tendrá una llave del arca de disertaciones, ejercerá desde su silla y, presente el presidente, será un individuo de distinción con quien comunicará lo conducente para el buen gobierno de la Academia, a falta de los dos el profesor más antiguo ejercerá sus facultades y no cederá su asiento a otro que lo sea más.

XXVII

Fiscal—Fiscal será un profesor jubilado o actual que haya asistido ocho meses útiles; celará la observancia de las constituciones y acuerdos; hará presentes a la junta académica los escesos y defectos que notare en los empleados y a la Academia los que advirtiere en los demás individuos; se le dará traslado de todo memorial o representación; anotará las faltas y exigirá las multas que con intervención del vice-presidente entregará mensualmente al tesorero notificará en público las multas en el mismo día en que se incurrieron y también en la primera junta de cada mes y en la más próxima al día quince las que no estén satisfechas y no pagando todas las contrahídas hasta entonces en la inmediata, se duplicarán y si no bastase, se suspenderá toda certificación; firmará los acuerdos, libramientos y certificaciones; tendrá una llave del arca de disertaciones; anotará en su libro las certificaciones, entradas y ascensos para tomar cuentas al secretario; representará por escrito en la junta general quando no se observe alguna constitución o se introduzca algún abuso; el que haya de presidir o disertar le entregará ocho días antes las que haya de defender y en el respaldo pondrá su parecer de si pueden o no defenderse con las correspondientes correcciones, de lo qual se dará cuenta a la Academia para su pase; estará esento de exercitar y despachará quantos asuntos le encargue la junta académica.

XXVIII

Secretario—Secretario será un profesor actual que tenga cinco meses de asistencia útil; tendrá a su cargo las alhajas, papeles y libros impresos y además uno de acuerdos, otro de elecciones, posesiones y renunciaciones, otro de entradas y ascensos, otro de inventarios, otro de cuentas, otro de la junta académica otro de actas diarias, en el que anotará los ejercicios y todo lo determinado en la Academia y uno maestro en el que baxo el nombre de cada individuo ponga sus admisiones, ejercicios, empleos y casas de su habitación, jubilaciones, ausencias, etc.; recibirá los memoriales y representaciones de que dará cuenta después de los ejercicios, extenderá con decreto de la Academia los acuerdos, libramientos y certificaciones y los firmará recogidas antes las firmas del presidente y fiscal o de los que hayan hecho sus veces; hará la distribución de ejercicios y los publicará; leerá la lista de los que deban asistir y firmará en cada junta una minuta de lo que ocurriese en ella, la que leyda en la inmediata, concluidos los ejercicios, se copiará en el libro de actas, observándose lo mismo en la junta académica, rubricándolas el que presida y el fiscal; llebará toda correspondencia; estará esento de exercitar; exigirá por cada certificación ocho reales, y diez y seis de los que se hayan despedido de la Academia que con los depósitos entregará mensualmente al tesorero con intervención del fiscal; tendrá en su poder el arca de tres llaves y del fondo de la Academia se le abonarán al fin del año quarenta reales para gastos de secretaría; y finalmente entregará al sucesor una lista de todos los académicos con distinción de clases, empleos y casas de su habitación; luego se archivará y nunca se imprimirá sino a costa del presidente.

XXIX

Vice-secretario —Vice-secretario deberá ser un profesor actual que haya asistido dos meses útiles; extenderá y firmará los decretos recogiendo la rúbrica del que presida y poniendo siempre la fecha; custodiará un libro en que pondrá con distinción de años, meses y días las ausencias, multas, etc., para tomar cuentas al fiscal mensualmente; ayudará al secretario y suplirá sus ausencias y enfermedades gozando en este caso de sus honores y prerrogativas, así en la junta general como en la Academia.

XXX

Tesorero.—Podrá ser tesorero un profesor actual o jubilado de residencia fija en esta corte y que sea sujeto abonado; recibirá los caudales poniendo recibo en el libro de cuentas; no entregará cantidad alguna sin libramiento haciendo que el que ha de percibir el dinero ponga recibo en el respaldo; dará cuentas todos los años o quando cese en su empleo a la junta académica entregando el alcance al sucesor; tendrá en su poder los ejemplares impresos de estas constituciones y los pliegos sellados para las certificaciones dejando recibo del número que se le entrega, a quien pedirá el secretario los necesarios también con recibo en que se expresen los sujetos para quienes sean, volviendo los pliegos equivocados. Si en algún tiempo creciesen sobremanera los caudales de la Academia, se depositarán en una arca de tres llaves que parará en casa del presidente, teniendo éste una llave, otra el fiscal y otra el tesorero a quien se entregará lo preciso para las urgencias mensuales.

XXXI

Portero —El portero será nombrado por el presidente y no podrá ser removido del empleo sin justa causa; tendrá quarenta y cinco reales mensuales durante el curso académico y tres por cada junta académica en el invierno; será obligación suya asistir a todas las juntas antes de la hora señalada para lo que le necesite el secretario, tener aseada la sala, recibir y pasar a la mesa las esquelas y recados, fixar la cédula de ejercicio, llevar esquelas a las casas de los individuos, acudir fuera del verano el primer día de cada mes a casa del presidente de quien recibirá sus órdenes y executar quanto le manden el que presida y la Academia.

XXXII

Actuantes —Los actuantes no tendrán voto en asuntos académicos mas podrán asistir a ellos; sólo tendrán voz quando defiendan sus propios derechos; actuarán las conclusiones y podrán leer de puntos o disertar, concluido el turno de profesores.

XXXIII

Huéspedes—El actuante más moderno convidará y acompañará al entrar y salir los huéspedes que se presentasen durante los ejercicios, si el extraño fuese Eminentísimo, Excelentísimo, Ilustrísimo o ministro del Consejo de Castilla, le acompañarán un profesor y un actuante dirigiéndole al asiento del Vicepresidente.

XXXIV

Despedidos, excusados, ausentes y empleados—Siempre que se ausente algún individuo o tenga ocupación que le impida la asistencia a la Academia, excepto si fuese por enfermedad, lo hará presente por medio de memorial y toda disculpa se tendrá por legítima pagando antes las multas y anotándose el día en que se disculpe o ausente. Sólo se admitirá sin nota una disculpa al mes no siendo de empleado. Cualquiera podrá despedirse satisfaciendo las multas en que haya incurrido y perdiendo las prerrogativas y derechos académicos; pero no se le negará certificación habiendo tenido por lo menos un ejercicio mayor en la clase en que haya sido académico. Quando alguno consiga empleo de consideración, deber dar parte a la Academia, la que cuidará responderle anotándolo en los libros; mas si el empleo fuese plaza u honores de ministro de los Consejos o tribunales supremos de esta corte, se nombrarán dos individuos que le feliciten en nombre de la Academia

XXXV

Multas y penas—Cada multa será de treinta y dos maravedís; el que faltare a una de las listas o formada la Academia se saliere sin licencia del que presida incurrirá en media multa; el que asista a las dos listas y falte a todo el ejercicio, incurrirá en una multa, como el que no se presente en toda la junta: la falta a cada una de las misas que manda celebrar la Academia, se castigará con dos multas; el que no aceptase el ejercicio mayor sin justa causa, incurrirá en seis multas deviendo dar crédito al secretario en cualquiera queja; el que aceptado un ejercicio no le desempeñase, aunque sea por culpa del sustituto, además de la falta de asistencia incurrirá en dos multas, si la falta es de argumento y en ocho si es de ejercicio mayor; si el que debía disertar envía la disertación sin sustituto para la defensa, incurrirá sólo en quatro multas; el que no pudiese o no quisiese leerla en el día señalado, podrá tomar puntos, y si quisiese leerá la disertación en otro día de conclusiones dentro del término que señalare el que presida; incurrirá en quatro multas el que aceptado el ejercicio de lección no tomase puntos deviendo ser nombrado para otro día; el sustituto para leer o disertar podrá ser actuante; en dos multas incurrirá el fiscal secretario v vice-secretario que faltare a cada junta de la Academia; y si el secretario no embía las llaves incurrirá en ocho; el vice-presidente, fiscal, secretario y vice-secretario que sin licencia falte a tres juntas seguidas será privado de su oficio,

como si amonestado y corregido por la junta académica no desempeñase su obligación; el que después de haberse presentado no asista a seis juntas seguidas o las interrumpa maliciosamente, será avisado; si no compareciese pedirá el fiscal su expulsión; se le hará presente la acusación y siendo contumaz será expelido de la Academia. En las lecciones y demás asuntos académicos carecerán de voto los actuales que no hayan asistido por qualquiera causa a las ocho juntas anteriores computando para las primeras del curso académico las últimas del antecedente; tampoco le tendrán aquellos contra quienes haya pendiente expediente de expulsión; igualmente no le tendrán los deudores de multas. Usará el que presida con acuerdo del fiscal de las multas y penas, no pudiendo imponer más de ocho, ni privar de voto por más de una junta. Será expelido el que falte gravemente al respeto al que presida. A ninguno se dará certificación de ser académico en aquella clase en que no haya tenido un ejercicio mayor; al presidente se negará la de haberlo sido quando no haya tenido la oración inaugural por sí o por otro, negándosele los honores de ex-presidente, como a cualquiera empleado que sea removido de su empleo o se ausente de esta corte sin dar cuenta a la Academia o al que presida. No se concederá la jubilación de mérito al individuo que además de los seis ejercicios mayores no haya resarcido los mismos que no desempeñó después de aceptados. Para imponer penas en los casos no prevenidos a petición fiscal, informara la junta académica. Sólo la Academia podrá imponer las penas de privación de empleos, de voz activa y pasiva por más de una junta y de expulsión de individuos.

XXXVI

Enfermos y difuntos.—Nombrará el que presida dos individuos que visiten al académico enfermo y estando necesitado, se le asistirá con lo posible. Todos los años en un día del mes de julio se mandará decir una misa y responso con limosna de doce reales por los académicos difuntos a la que asistirán los individuos en la Yglesia, altar y hora que señale el que presida. Si el que hubiese fallecido fuese el protector u ex-presidente se nombrará un académico que le haya conocido para que forme su elogio, que leydo y corregido se archivará en la Academia.

XXXVII

Acuerdos.—En las juntas generales se formarán los nuevos acuerdos que no derogarán en todo o en parte estas constituciones y sólo declararán algún punto no expreso en ellas que necesite de reglamento. Sólo el presidente propondrá por escrito la nueva acta a la junta académica que dará comisión al fiscal y dos de sus individuos, uno jubilado y otro actual para que con separación den su dictamen por escrito, y oponiéndose dos de ellos se archivará el expediente: condescendiendo los tres o dos a lo menos con la propuesta del presidente se leerá todo en la próxima junta académica y acordado que el pensamiento es útil, se dará cuenta en la primera junta general y recogidos separadamente sobre cada

artículo los votos y regulados por el secretario, publicará y extenderá lo resuelto; pero no se observará si en la siguiente junta general no se ratifica. Y sin más requisito que dicha ratificación se observará inviolablemente hasta que la Academia tenga por conveniente revocarlo por otra acta en que se practiquen las mismas formalidades. Haviendo igualdad de votos se procederá a segunda votación y si en esta la hubiese, se archivará el expediente; pues sólo en las elecciones tendrá el que presida voto decisivo. Si la experiencia y el tiempo manifestasen a la junta académica ser perjudicial o inútil alguna de estas constituciones, observadas las formalidades que se han señalado en los acuerdos y dispuesta y ratificada por uniformidad de votos la revocación de ella, se pedirá con anuencia del protector la aprobación al real y supremo Consejo y sin haberla conseguido no podrá observarse la nueva acta revocatoria ni aún temporalmente.

XXXVIII

Uso del sello.—Para autorizar las certificaciones y demás que ocurra, se continuará usando del sello que hasta aquí, reducido a una orla interior compuesta de un ramo de palma y otro de azucena, enlazados por la parte inferior; en el centro un escudo partido de lo ancho; en la mitad superior campo azul cuajado de estrellas, y en la inferior dos cuarteles en campo verde y rojo con cuatro libros cerrados con los lemas: JUS CANONICUM Y JUS CIVILE; y en la orla exterior el lema: REGIA INMACULATAE CONCEPTIONIS CANONICO CIVILIS MATRITENSIS ACADEMIA.

Este sello se guardará en la arca de tres llaves

XXXIX

Fondo de la Academia.—Será fondo de la Academia el producto de entradas y ascensos, de las certificaciones y las multas y se invertirá en pagar el salario al portero, comprar libros y demás objetos.

XL

Finalmente los ejercicios tenidos en esta Academia serán admitidos como actos literarios en todos los tribunales y cavildos de estos Reynos, constando por certificación dada por el secretario, firmada por el presidente y fiscal y sellada con el sello de la Academia. Madrid, 28 de septiembre de 1795.

MISCELANEA

I

NUEVA VISION DE LA HISTORIA DE LOS GODOS

La investigación sobre los godos se ha llevado adelante sin interrupción durante las últimas décadas. Así lo muestra la enorme bibliografía acumulada desde la publicación de la última visión de conjunto sobre el tema en 1941, debida a Ludwig Schmidt en el tomo I, *Die Ostgermanen* de su *Geschichte der deutsche Stämme bis zum Ausgang der Völkerwanderung*¹. Este material preparaba el camino, a la vez que incitaba, a intentar una nueva visión de conjunto. Esto es lo que ha hecho últimamente el profesor vienés Herwig Wolfram en su *Geschichte der Goten*².

Wolfram no se ha limitado a actualizar la obra de Schmidt en la parte referente a los godos, como en 1970 lo hizo con singular maestría Erich Zöllner³ con la parte dedicada a los francos⁴. Este fue su propósito inicial, pero a la postre ha terminado por ofrecer una nueva visión de la historia de los godos.

La novedad de su enfoque, centrado en las sucesivas etnogénesis de los godos a lo largo de su historia, resalta ya del plan de exposición. El libro está dividido en seis partes que tienen por objeto respectivamente: I. Los nombres; II. La formación de estirpes étnicas godas antes de la irrupción de los hunos; III. Los cuarenta años de migración y el surgimiento de los visigodos 376/78-416/18; IV. El reino tolosano 418-507; V. Los ostrogodos, y VI. Conclusión.

A partir del estudio de los nombres de los godos plantea el autor el enfoque central de su obra. Para él no se trata tan sólo de pasar revista a las sucesivas denominaciones recibidas por los godos de los autores de la antigüedad o que ellos mismos se dieron.

1. SCHMIDT, Ludwig, *Geschichte der deutsche Stämme bis zum Ausgang der Völkerwanderung*, vol. I, *Die Ostgermanen*, 2.^a ed., München 1941.

2. WOLFRAM, Herwig, *Geschichte der Goten. Von den Anfängen bis zur Mitte des sechsten Jahrhunderts. Entwurf einer historischen Ethnografie*, Editorial C. H. Beck München 1979, 499 págs.

3. ZOLLNER, Erich, *Geschichte der Franken*, München 1970.

4. Op. cit. en nota 2, vol. II, *Die Westgermanen*, 2.^a ed., München 1938.

«Las distintas formas del nombre godo caracterizan trozos de la historia del pueblo; designan diversas etnogénesis... Según esto existe la posibilidad de atribuir a las denominaciones étnicas un significado espacial y temporal a la vez» (p. 12).

DE LOS GUTONES A LOS VISIGODOS Y OSTROGODOS

El nombre godo aparece testimoniado por primera vez entre los años 16 y 18 a. de C., bajo la forma débil *gutones* que emplean tanto autores latinos como griegos hasta mediados del siglo II. El geógrafo griego Ptolomeo, que alrededor de 150 menciona por última vez a los *gutones*, conoce también el pueblo de los *guta* en la isla Scandia, es decir, en Escandinavia. Entre él y los años 60 del siglo III no hay ninguna fuente contemporánea que mencione a un grupo étnico que pudiera ser godo. De ahí puede concluirse, conforme a lo observado antes que «cuando se habla de *gutones* o de *gutos*, se alude a los godos hasta su migración junto al Mar Negro» (p. 12).

En los años 60 del siglo III encontramos tres testimonios diferentes sobre la forma fuerte *gothus*, una inscripción persa que se refiere a las campañas de Gordiano en 242, el dictado triunfal latino *Gothicus* que adoptó en 269 el emperador romano Claudio II, que es la más antigua mención latino-romana de este pueblo y el primer texto griego que menciona a los godos en esta forma. «Lo cual, con otras palabras, significa que alrededor de 270 un pueblo que llevaba el nombre godo atrajo la atención tanto de los persas, como de los latinos y de los griegos. Primero predomina sobre todo en las inscripciones la forma fuerte gut(th), que ocupa el lugar de la denominación débil *Gutones*. Pero las dos formas tienen en común la raíz *Gut(th)*, también atestiguada por las tradiciones vernáculas de los propios godos en *Gutpiuda*, país del pueblo godo y en *Gutans*, godo. No obstante, muy pronto aparece en las lenguas griega y romana casi exclusivamente la expresión *Got(th)*» (p. 7). Así pues, «el pueblo del siglo III es llamado hasta su división simplemente godo» (p. 12).

En el siglo IV nos encontramos con la doble pareja de nombres de las porciones occidental y oriental del pueblo: *terwingos-vesus* y *greutungos-ostrogothos*. «Se sigue la terminología de los contemporáneos, cuando se emplean las parejas de nombres *terwingos-vesus* y *greutungos-ostrogothos* para la historia de los Godos desde su división hasta fines del siglo IV» (p. 17).

Finalmente, «en la segunda mitad del siglo V, a los pueblos que nosotros llamamos visigodo y ostrogodo se los personaliza» (p. 18). Así se habla en Bizancio con motivo de los acontecimientos del año 469 de los godos de Alarico y en 484 encontramos la

expresión *Valamériciani*, para designar a los godos de Valamir, el padre de Teodorico. «Si uno sigue esta terminología unilateral, debería comenzar la historia de los visigodos con Alarico y la de los ostrogodos con Valamir. Pero con ello surgirían interrupciones en la historia de los pueblos godos. Una posibilidad de salvar estos vacíos estaría dada por una consideración también conceptual de las *ethnogénesis* que extinguió el año 376. En ese caso, debería hablarse de los *godos romanos* como los futuros visigodos y de los *godos hunos*, como los futuros ostrogodos» (p. 18).

Este examen de los nombres godos se completa con el de sus denominaciones épicas, sus apelativos burlescos y las designaciones de sus linajes reales o principescos que dan luz sobre su historia interna.

LOS GUTONES

La exposición propiamente histórica se inicia en la segunda parte. Primero se ocupa de los *gutones* sobre la base no sólo de la información de los autores contemporáneos de la antigüedad, tales como Estrabon, Tácito y Ptolomeo, sino también de las noticias contenidas en la propia *origo gothica*, que, como es sabido ha llegado hasta nosotros a través de una obra de mediados del siglo VI, las *Getica* de Jordanes, que compendian una perdida historia de los godos de Casiodoro, compuesta alrededor de 533. Se trata de la probable localización geográfica de los gutones en la cuenca del Oder y posteriormente en la del Vístula y de su probable pertenencia a una asociación cultural formada principalmente por lugios y vándalos.

INSTITUCIONES DE LOS GUTONES

De acuerdo a lo anterior «habría que contar con la siguiente cronología de la historia institucional de los *gutones*: en la primera mitad del siglo I se contarían entre los lugios bajo dominio celta, agrupación dentro de la cual el elemento vándalo alcanzaría la dirección en la segunda mitad del siglo. En el tránsito del siglo I al II se habrían separado los gutones de la asociación cultural lugio-vándala y se habrían trasladado desde el Oder hasta el Vístula» (p. 38). La historia de los gutones concluye con su desplazamiento hasta el Mar Negro, a donde arriban a comienzos del siglo III.

LOS GODOS EN EL MAR NEGRO

Junto al Mar Negro aparecen ya los godos bajo este nombre y protagonizan una serie de ataques terrestres y marítimos contra

el imperio romano. Su poderío alcanza el punto máximo en 251 con la batalla de Abrittus, que costó la vida al emperador romano Decio, cuyo ejército fue destruido por el rey godo Cniva. La inmediata reacción romana bajo Claudio II y Aureliano acabó con el primer reino ponto-gótico entre 269 y 271 y puso término para siempre a la unidad de los godos, que fueron casi aniquilados (p. 150). De entonces data la división de los godos entre terwingos y greutungos.

LOS TERWINGOS

«En la primavera de 291, al parecer exactamente dos décadas después de la asoladora derrota de los godos frente a Aureliano y de la pérdida de la realeza «occidental» se menciona por primera vez a los terwingos» (p. 59), en un pasaje de los panegíricos latinos (5). «Allí aparecen como "otra porción de los godos", una expresión que indica su separación del núcleo principal... Los terwingos, que preferían llamarse a sí mismos *vesus*, eran como godos el grupo que dio nombre a la comunidad poliétnica del norte del Danubio» (p. 59). Los terwingos ocuparon la Dacia abandonada por Aureliano y su identidad étnica termina con la muerte de Atanarico en 381 (p. 83).

A la historia de los terwingos pertenecen sus luchas contra los romanos en las fronteras del Danubio, durante un tiempo interrumpidas en virtud del *foedus* celebrado bajo Constantino en 332, que «es el primer tratado entre Roma y un pueblo godo atestado por un contemporáneo (p. 65). Asimismo, pertenecen a ella las persecuciones contra los godos convertidos al cristianismo de 347 ó 348 y desde 369 hasta 372.

Las principales figuras de esta época son Wulfilas y Atanarico. Wulfilas nació alrededor de 311 y procedía al menos por línea materna de una familia de cristianos capturados por los godos en Capadocia en 257, es decir, en todo caso dos generaciones antes. Después de haberse desempeñado como lector durante algún tiempo fue consagrado obispo de los cristianos godos en 341 y expulsado fuera del territorio godo en la persecución de 347 ó 348. Refugiado con otros godos cristianos en Moesia inferior, pasó a ser su jefe religioso y temporal, predicó en las tres lenguas que dominaba, godo, griego y latín y desarrolló una intensa actividad literaria. Dentro de ella hay que incluir como obra maestra de este período de su vida, la traducción de la Biblia del griego a la lengua goda. Wulfilas adhirió al homeísmo, una derivación de la herejía arriana que terminó por convertirse en una especie de cristianismo propio de los godos y de otros pueblos germánicos. Después

5. XII *Panegyrici Latini* XI (III), 17, 1.

de participar en el segundo concilio ecuménico de Constantinopla en 381, probablemente murió en dicha ciudad durante un nuevo concilio en 383. Atanarico terminó también sus días en Constantinopla por esos mismos años, pues falleció en 381. Pero era, sin duda, bastante más joven que Wulfilas. Como cabeza del linaje real de los godos danubianos, es decir de los Baltos, dirigió desde 365, hasta la irrupción de los hunos en 376 una confederación de todos los grupos menores, que formaban parte de los terwingos, tanto en la guerra entre los romanos como en la persecución contra los cristianos.

LOS GREUTUNGOS

Desde 291 en que se tiene la más temprana noticia de la separación de los terwingos del grueso de los godos, se pierde la huella de estos últimos que entonces constituían los godos orientales. Sólo a fines del siglo IV se vuelve a saber de los godos habitantes de la estepa bajo el nombre de *greutungos*. La información de Animiano Marcellino sobre el choque del emperador Valente con ellos en 369 es tan confusa que sólo deja suponer que «el límite entre terwingos y greutungos debería estar constituido por el curso inferior del río (Dniester), en tanto que la estepa de Budschak en Besarabia servía a los greutungos como vasta zona fronteriza despoblada» (p. 98).

La *origo gothica* menciona como primer rey proveniente de los *anses*, esto es de origen divino, entre los godos de Rusia meridional a Ostrogotha, el «Ostrogodo». Lo cual da pie a Wolfram para suponer que dirigidos por este príncipe amalo, los llamados godos regios, amenazados por pueblos extraños y no en último término por sus propios parientes los gépidos, se habrían constituido en los greutungos (p. 98). «Como rey greutungo y rey de los ostrogodos aparece testimoniado Ermanarico... Ermanarico es "el más noble de los Amalos" (el linaje real ostrogodo) a quien "algunos antiguos han comparado con justicia a Alejandro Magno". El gran modelo de todos los antiguos conquistadores se asemeja a Ermanarico, porque sus jinetes con coraza y lanza se adentraron profundamente en el espacio ruso y báltico y forjaron un gran imperio gentilicio, que mantenía bajo una dependencia más o menos flexible a una comunidad poliétnica múltiple» (p. 98).

Este inmenso reino de Ermanarico tuvo un final legendario cuando se produjo la irrupción de los hunos y, después de haber intentado vanamente resistirles, el viejo rey se suicidó. «Hay bastantes motivos para sostener que el rey greutungo se sacrificó a sí mismo en el momento de la derrota. Después de la muerte de Ermanarico se dividieron sus godos y su linaje real. La mayoría se sometió a los hunos, la minoría ofreció resistencia. Pasó aproxi-

madamente un año hasta que los ostrogodos libres o bien fueran sometidos, o bien se alejaran» (p. 102).

INSTITUCIONES DE LOS TERWINGOS

El relato histórico sigue el estudio institucional, muy detallado en el caso de los godos danubianos ya que así lo permiten los testimonios disponibles y apenas esbozados en el caso de los ostrogodos-greutungos, debido a la escasez de información.

En primer término se trata del *Gutpiuda*, la tierra de los terwingos y taifalos sobre la cual se alza especialmente en casos de amenaza externa la figura del juez de los godos, *drauhtins*, representada sobre todo pero no únicamente por Atanarico. Enseguida se estudia el *kuni*, la más importante unidad política en tiempos normales, que a diferencia del *Gutpiuda* es la comunidad de fundamento ancestral. El *kuni* constituye una subdivisión del *Gutpiuda*, al frente de la cual está el *reiks-régulo*, que es permanente, a diferencia del juez. Estos *reiks* son los que en común determinan en tiempos normales los asuntos del pueblo como totalidad. De ahí se pasa al ejército, que «originalmente era convocado tanto por cada *kunja* como por el *Gutpiuda* terwingo. Conocida es la oposición entre Atanarico y Fritigerno, expresamente descrita como guerra entre dos parcialidades de los terwingos» (p. 112). Sobre el modo de combatir y el armamento son de notar dos observaciones: «los ejércitos terwingos estaban compuestos predominantemente de guerreros sin cabalgadura» (p. 114) y «en la lengua de la Biblia goda falta la palabra para la larga lanza, el *contus*. Este arma fue luego la característica de los guerreros godos, fueran montados o no» (p. 115).

Gards y *baurgs*, es decir, casa y fortaleza, completan el cuadro, al mostrar la organización social de los terwingos. A propósito de la palabra gótica *gards*, vale la pena anotar que sobrevive en castellano en el sustantivo guardia y en el verbo guardar, con todos sus derivados. En cambio, nuestro vocablo jardín, también proveniente del godo *gards*, ha llegado tardíamente al castellano a través del italiano.

Por último, gracias a la Pasión de San Sabas, un santo godo martirizado el 12 de abril de 372, tenemos noticia de la organización de la población libre terwinga en la *haims* o aldea. Esta comunidad aldeana se contrapone a la comitiva o mesnada de los nobles, señores de una fortaleza.

Más allá de la descripción de las instituciones políticas y sociales está la comprensión de sus fundamentos a la luz de las creencias y del culto. «La significación política de los grandes descansaba sobre su prestigio social. De su seno provenían los héroes, cuyas hazañas celebraba el pueblo en canciones de fiesta y con

ello legitimaba a la nobleza en su papel rector. A un hombre de buena cuna, *godakunds*, se le atribuía no sólo en la traducción de la Biblia, la conquista de un reino para sí. Un noble tenía familia: conocida es la divinización de sus antepasados anses entre los Amalos, pero también los terwingos comenzaban la batalla con canciones que ensalzaban a sus ancestros. Para el observador romano «los dioses geticos» y los «manes del padre» de Alarico I son una sola y la misma realidad cultural» (p. 123). «El "buen encantamiento", la fuerza benéfica de los hombres dotados sacralmente, llenaba de vida a la sociedad gentilicia terwingo-vesica de un modo, como el que se conoce en el rey-hendinos contemporáneo de los burgundas o como el que todavía reconoce Casiodoro en la *quasi fortuna* de los anses Amalos» (p. 126).

También la lengua arroja importantes testimonios sobre los influjos y relaciones culturales. «Los estratos lingüísticos diferenciables en el gótico de la Biblia reflejan las correspondientes influencias y contactos culturales» (p. 131). Así hay huellas de términos de origen caucásico que, sin duda, son anteriores a la penetración de los godos en el espacio mediterráneo latino-griego. Hay un considerable influjo celta en el destacado campo militar y político, que no se encuentra en otras lenguas germánicas. Hay términos de la liturgia cristiana tomados directamente del griego o a través del latín. Hay en fin, indicios de una terminología política y cultural bilingüe como se encuentra en las parejas *militon* y *drauhtinon*, prestar servicio militar, *rex* y *reiks*, en el sentido de régulos, es decir, de príncipes que no tienen la condición real, *rex-imperator* y *piudans*, en el sentido de rey propiamente dicho o gran rey. «Es cierto que un sincretismo godo-grecolatino de este tipo supone que el mismo era sustentado por los elementos dirigentes, posiblemente en primer lugar por las instancias centrales, pero por otra parte supone también que podía contar con un amplio respaldo» (p. 133).

En suma, el cuadro de las instituciones, las creencias, la lengua y en general la cultura de los terwingos es uno de los trozos más logrados de la obra. Aunque había sido anticipado por varios trabajos anteriores del autor, constituye uno de los grandes aportes científicos de este libro.

INSTITUCIONES DE LOS GREUTUNGOS

Sobre las instituciones de los greutungos, en cambio, Wolfram se muestra en extremo cauteloso. Admite las tardías noticias de Casiodoro acerca de la realeza de los Amalos que se remontaría precisamente a la época en que se produjo la división entre los terwingos y los godos orientales a fines del siglo III. «Bajo su dirección alcanzó su culminación la adopción de los modos de vida

escitas por los godos orientales: lancero a caballo con coraza que superó inmensas distancias y difundió el combate singular a caballo, cetrería, chamanismo, así como práctica y experiencia religiosa representada por las fíbulas aquiliformes, presentación exterior política que es dable reconocer en la adopción del ornato real sánida de los Amalos» (p. 134-5). Pero no llega a afirmar que esta realeza correspondiera al *piudans*, en el sentido monárquico de la expresión: «Si en alguna parte el *piudans* correspondió a la realidad institucional, no hay duda de que ese debió haber sido el nombre de los reyes amalos de los greutungos» (p. 136).

DE ALARICO A VALIA

La tercera parte del libro se refiere a una época más conocida, la que se extiende desde la entrada de los terwingos en el territorio romano en 376 hasta el *foedus* que permitió a los visigodos establecerse en Aquitania en 416. El contenido central de este período de cuarenta años está dado por el surgimiento del pueblo que nosotros llamamos ahora visigodo (p. 137).

Se trata de una época densa en acontecimientos. En el curso de ella se suceden la batalla de Adrianópolis en 378, la aceptación de los godos como federados en Tracia en 382 —«sin duda el *foedus* más lleno de consecuencias de la historia romana» (p. 156)—; las expediciones de los godos en los Balcanes desde 395 hasta 401, durante las cuales se produjo la elevación de Alarico a la realeza; las guerras de Alarico en Italia cuyo punto culminante fue la toma de Roma el 24 de agosto de 410, uno de los grandes acontecimientos de la época final de la antigüedad; la muerte de Alarico ese mismo año y su reemplazo por su cuñado Ataulfo, quien encabezó en 411 el desplazamiento de los godos hacia occidente y cayó asesinado en Barcelona en 415, a la que siguió, tras el efímero reinado de Sigerico, la elevación de Valia como rev, quien ajustó con los romanos el *foedus* de 416 mediante el cual los godos se establecieron en Aquitania, poco después de su muerte, ocurrida en 418.

SURGIMIENTO DE LOS VISIGODOS

En materia institucional, la significación de Alarico como representante del linaje real de los Baltos es decisivo. «De los terwingos, greutungos y otros elementos no góticos surgieron bajo la dirección regia de Alarico los visigodos» (p. 191). «La emigración desarticuló las comunidades ancestrales de los terwingos con excepción de la parentela de los Baltos. A partir de la agrupación organizada en *kunja* del otro lado del Danubio se constituyó una "comunidad de desplazamiento" indiferenciada bajo la dirección de los Baltos. El pueblo de Alarico actuó como una sola *Phyle* y se transformó de

modo cada vez más claro en una comitiva o mesnada regia, constituida conforme al sistema decimal y llamada por los observadores los godos de Alarico. El proceso de unificación fue con toda seguridad largo y doloroso» (p. 171). «Sólo como poseedor de una potestad gentilicia sin límite temporal ni contracciones, vale decir, como rey de los godos, poseía Alarico el derecho a declarar criminal la huida hacia los romanos y a ejecutar en su caso la pena. Hasta entonces incluso los godos principales cambiaban de lado según su preferencia y su propia conveniencia y ejercían entre ellos la venganza, conforme a costumbres todavía indiscutidas» (p. 173). Con todo su obra quedó incompleta. «Así como no consiguió fundar él mismo un linaje real, *stirps regia*, lo cual sólo fue logrado por los "nuevos" Baltos tras duros reveses, así tampoco resolvió Alarico la cuestión, de cómo podía hallarse el modo de conciliar entre sí el imperio romano con su realeza gentilicia» (p. 191).

La contribución de su sucesor Ataulfo a la etnogénesis de los visigodos no es menos considerable. No sólo poseía una condición inmediatamente próxima a la de un rey, sino que «podría también prestarse para la conclusión de un proceso que desde hacía una generación afectaba y transformaba a los terwingos. Los godos de Alarico pasaron a ser en creciente proporción jinetes. Esta transformación no significaba tan sólo una alteración en el armamento, sino un profundo cambio en su estructura social tradicional, por lo que constituye un factor esencial de la etnogénesis visigoda» (p. 200). «Los visigodos jinetes se habían convertido en un nuevo pueblo en comparación con sus antepasados dacio-tracios y ésto había sucedido por cierto no en último término porque las tradiciones dominantes danubianas habían sido cambiadas y transformadas por las experiencias pónicas. Ataulfo contribuyó de tal manera a este proceso que su nombre debe ser recordado, junto al de Alarico, que sin duda le aventaja» (p. 201-202).

EL REINO TOLOSANO

La cuarta parte del libro está dedicada al reino tolosano. Abarca aproximadamente un siglo, desde el establecimiento de los visigodos en Aquitania en 418 hasta su derrota por los francos en Vonillé en 507.

El surgimiento del reino tolosano, sirvió de precedente para todo el proceso ulterior de transformación del mundo romano (p. 207). Desde el principio la instalación de los visigodos en el sur de la Galia contó con el apoyo del estrato senatorial dirigente. Se llevó a cabo de acuerdo al régimen romano de la *hospitalitas*, que permitió dotar a la Galia del ejército necesario, sin arruinar con ello el presupuesto público (p. 207).

El ataque huno de Atila en 451 demostró que la comunidad gala entre romanos y bárbaros era capaz de resistir una dura prueba. El foedus de 416 subsistió hasta el advenimiento de Eurico en 466 bajo cuyo reinado llega a su apogeo el poderío del reino tolosano. Eurico se condujo como un rey independiente del imperio y dilató su territorio con nuevas conquistas en la Galia y en la península ibérica. En 484 fue sucedido por su hijo Alarico II, cuyo reinado termina con la catástrofe de Vouillé en 507. No obstante no debe mirarse como una época de declinación, pues «al reino tolosano no le faltaba en absoluto fuerza de expansión» (p. 233) y Alarico II se esforzó por superar los problemas religiosos derivados de la política eclesiástica de su padre (p. 245). Tanto la actividad legislativa como la actitud frente a la Iglesia de Eurico y Alarico II son objeto de un estudio especial.

INSTITUCIONES DEL REINO TOLOSANO

Un amplio estudio de las instituciones completa esta parte. Comienza por tratar del rey, la familia real, la pervivencia del arrianismo o mejor dicho del homeísmo y de la lengua goda, así como de la cultura en general. La corte del rey fue durante un tiempo bilingüe y en tiempos de Eurico se hablaba *todavía* la lengua goda (p. 258-9). Luego se describe la realeza, sus funciones y funcionarios y se advierte su fortalecimiento a costa de los godos más prominentes y luego sobre la base de las instituciones romanas. A continuación se examina la organización del ejército, el personal de la corte, los bienes reales y las finanzas. Finalmente, se estudia el asentamiento de los visigodos, que a causa de su bilingüismo dejó escasas huellas en la toponimia (p. 286) y los pueblos del reino tolosano, su organización étnica y social. En este punto se anota «casi contemporáneamente con las últimas leyes imperiales contra el bucelariado apareció el Codex Euricianus, que institucionaliza esta forma de comitiva militar» (p. 298).

ESTADO SUCESOR DEL IMPERIO ROMANO

El reino visigodo no desapareció con la muerte de Alarico II en Vouillé. Antes bien sobrevivió hasta transformarse en la *gens vel patria Gotherum* hispana, que ya tiene su propia historia. «Fue preciso casi un cuarto de siglo para que los francos alcanzaran efectivamente su victoria de 507. Durante ese mismo largo período reinó todavía la dinastía balta o habría estado en condiciones de hacerlo, si acaso no lo hubiera impedido el amalo Teodorico» (p. 302). Tras Alarico II reinó hasta 510 su hijo Gesaleico, que renunció a la defensa de Carasona frente a los francos, ciudad donde estaba gran parte del tesoro real y probablemente su hermano

menor, Amalarico, nieto del rey ostrogodo Teodorico. Este último tomó pie de la incapacidad de Gesaleico para imponerse como rey de los visigodos en 511, cuyo gobierno encargó a Theudis. A su muerte en 526 fue sucedido por su nieto Amalarico, hijo del desventurado Alarico II, quien reinó hasta 531. Sólo entonces se extinguió el linaje de los Baltos y los visigodos atravesaron por un período de desórdenes y debilidad que concluye con el advenimiento de Leovigildo.

«Después que Leovigildo alcanzó el poder en 568 ó 569, el reino visigodo renació de las cenizas como el fénix. Bajo Leovigildo llegó a su culminación un desarrollo, en el curso del cual el reino visigodo se convirtió en una especie de imperio hispano. Surgió el perfecto estado sucesor del imperio romano, perfecto en su fortaleza y en su debilidad» (p. 305). «Del pueblo godo que se presentaba a sí mismo como el ejército godo, surgió la *gens vel patria Gothorum*, que puso término a la migración a través de toda Europa. A más tardar desde el siglo VI se pierden los visigodos como objeto de una etnografía histórica; de ahí en adelante ha de escribirse de otro modo sobre ellos» (p. 306).

SURGIMIENTO DE LOS OSTROGODOS

La quinta parte del libro está dedicada a los ostrogodos. A modo de introducción se trata de su surgimiento en la confusa época que va desde el ataque huno de 375 hasta la batalla de Campos Catalaunicos o Mauriacus en 451, en la cual aparecen combatiendo junto a Atila bajo su propio rey Valamir. Luego se estudian las distintas fases por las que atravesó este reino ostrogodo en el siglo que va desde Campos Catalaunicos hasta la batalla de Monte Lactario en 552, donde perdió la vida Teja, su último rey y se extinguió el propio reino ostrogodo de Italia.

«El surgimiento de los ostrogodos es obra de aquellos Amalos que por primera vez pueden comprobarse como reyes de todos los ostrogodos (sometidos a los) hunos en el imperio de Atila, a más tardar en el año 451. El prestigio del antiguo linaje real greutungo-ostrogodo había sufrido tan poco a pesar del sometimiento, la división, las abiertas guerras fratricidas e incluso el interregno de décadas de duración que al menos una rama de los Amalos fue capaz de recuperar el poder sobre los godos dentro del gran imperio huno en formación y de fortalecerlo en forma paralela a la consolidación de este imperio» (p. 308).

Desde la muerte del «más noble de los Amalos», el rey gruetungo Ermanarico a consecuencia del ataque huno de 375 hasta el surgimiento del nuevo reino ostrogodo de los Amalos transcurrió un período sumamente accidentado sobre el cual hay apenas noticias fragmentarias. De ellas desprende Wolfram al menos dos

puntos seguros: «Por una parte surgió un nuevo pueblo que ahora se distingue con la expresión artificial "godos orientales" de sus antepasados greutungo-ostrogodo. Por otra parte, el grupo de los Amalos en el que la tradición era más fuerte pudo volver a unirse con el grueso de su pueblo y prevalecer dentro de él frente a múltiples concurrentes» (p. 319).

EL REINO OSTROGODO EN PANONIA

La desintegración del imperio huno que siguió a la muerte de Atila en 453, permitió a Valamir afirmar su realeza sobre una porción de los godos del imperio huno y concluir en 455 con el emperador romano de Oriente Marciano un *foedus* que le permitió asentarse en Panonia con sus dos hermanos Thiudimir y Vidimir que reinaban juntamente con él. «El reino de los ostrogodos duró en Panonia sólo desde 456-7 hasta 473» (p. 329). Durante este período fue enviado como rehén a Constantinopla el joven Teodorico, hijo de Thiudimir, quien desde 459 hasta 469 tuvo allí ocasión de conocer de cerca la corte imperial y las instituciones políticas romanas. A su vuelta tomó bajo su mando la porción del reino de su tío Valamir y tras una brillante victoria fue alzado rey en 471. Comenzó así su larga carrera como rey ostrogodo.

INTERMEDIO BALCÁNICO

Poco después los godos abandonaron Panonia. Una porción encabezada por su rey Thiudimir se dirigió hacia Bizancio, en tanto que otra bajo su rey Vidimir se desplazó hacia occidente y terminó por unirse a los visigodos. Thiudimir hizo reconocer a Teodorico como su heredero y sucesor y a su muerte en 484 sus godos lo alzaron rey. No obstante, Teodorico debió hacer frente a un terrible competidor llamado también Teodorico, rey de otra porción de los godos muerto en 481, a quien Wolfram tiene también por Amalo. Una vez libre de él, Teodorico mantuvo relaciones a veces amistosas y otras hostiles con Bizancio hasta que por un tratado con el emperador Zenón se obligó a abatir la dominación de Odoacro en Italia, a cambio de la promesa de gobernar allí hasta el momento en que el emperador viniese. Con ello obtuvo por fin Teodorico una posibilidad de no depender más del dinero suministrado por el imperio para sustentar a su pueblo, sobre la base de fundar un reino duradero en suelo itálico (p. 348). Tal fue la gran empresa de Teodorico.

EL REINO OSTROGODO DE ITALIA

La lucha por Italia duró desde 489 hasta 493 y tuvo un final sangriento en el asesinato de Odoacro, víctima de una venganza

de la sangre ejecutada por Teodorico. El reino fundado por Teodorico en Italia fue de corta vida. No alcanzó a durar sesenta años. Su gran época corresponde al reinado de Teodorico desde 493 hasta su muerte en 526, excluida su fase final. El reino sobrevivió a Teodorico sólo un cuarto de siglo, hasta 552.

Wolfram comienza por precisar la condición jurídica de Teodorico y sus godos en Italia. «Como es sabido, Teodorico no condujo a Italia al pueblo ostrogodo, sino a un ejército federado romano que se componía mayoritariamente de godos. Como magistrado romano y rey de estos godos Teodorico contaba ciertamente con todos los presupuestos para hacer de su ejército un pueblo godo. Pero la nueva etnogénesis no se produjo sin participación de elementos no godos (p. 371). «Ser godo, gozar de la "libertad de los godos" y participar en el ejército godo eran una y la misma cosa» (p. 373).

Teodorico no se tituló *rex Gothorum*, sino *Flavius Theodoricus rex*. «La victoria de los godos sobre Odoacro los convirtió en el único ejército del Imperio de Occidente, que con pleno fundamento, aunque un poco demasiado pronto según el sentir imperial, alzó a Teodorico por gobernante del Imperio con el título de *Flavius rex* y no de *rex Gothorum*» (p. 377). «Ahora bien, en cuanto asumió en su título real el nombre familiar de la segunda dinastía flavia de emperadores —constantiniana—, fundó la tercera dinastía flavia de reyes. Si los antiguos Flavios poseyeron la dignidad imperial, la nueva realeza trató simplemente de representarla. Pero el *Regnum* era una institución conferida no por los romanos sino por una asamblea gentilicia. Por eso este proceso determinó un cambio institucional de primera magnitud: un *Regnum* bárbaro que permaneció formando parte del Imperio romano fue fundado no según el principio romano: "el ejército hace al emperador", sino conforme a la máxima "el ejército federado hace al rey..". De esta suerte entró dentro del terreno de las posibilidades una legítima abolición del imperio romano» (p. 356). «Mientras los godos tolosanos avanzaron por la vía de la *imitatio imperii* sólo paulatinamente, Odoacro y Teodorico se hallaron ante la ocasión y la necesidad de proceder a ella desde el momento mismo en que se convirtieron en gobernantes de Italia. Por eso continuaron sin interrupción el Estado de la Antigüedad tardía. Dicho Estado poseía una burocracia altamente especializada y diferenciada en múltiples formas. Desde antiguo existía la costumbre de que el emperador interviniera en la serie de instancias burocráticas y las supervigilara a través de *comites* a los que confiaba personalmente el cargo. Teodorico utilizó esta posibilidad de la que también se sirvieron los godos tolosanos para constituir una *comitiva gothorum*. Sus miembros, tomados del *Exercitus Gothorum*, entraron en perceptible concurrencia con la jerarquía de oficiales romanos, la

militia romana... De esta suerte enriqueció Teodorico con un componente étnico el sistema de superposición de competencias establecido por Diocleciano» (p. 362)

El asentamiento del ejército de Teodorico se llevó a cabo como el de los godos tolosanos mediante el sistema romano de la hospitalitas (p. 368). A diferencia de la propiedad territorial visigoda, las porciones de suelo otrogodas, *sortes*, fueron sometidas al impuesto territorial anual, *annona*. Lo mismo se aplicó incluso a la propiedad fiscal real. Mientras un godo estaba obligado a prestar servicio militar activo —la liberación del mismo se producía por enfermedad y por edad— recibía un donativo anual que ascendía probablemente a cinco Solidi de oro... El dinero debía ser percibido personalmente en Ravena. De este modo, Teodorico quería permanecer en relación con el grueso de su ejército, lo que corresponde muy bien al estilo de gobierno personal del rey» (p. 370).

«Como sus antepasados greutungo-ostrogodos y sus hermanos visigodos, eran los ostrogodos en primera línea guerreros a caballo» (p. 374). «El jinete godo apenas si se diferencia del lancero a caballo de los otros pueblos de la estepa» (p. 375).

RELACIONES CON OTROS PUEBLOS GERMÁNICOS

En relación a los otros pueblos germánicos mantuvo Teodorico una política inspirada en la posición del emperador frente a los pueblos bárbaros. «Su invocación del modelo imperial no quedó en una simple imitación formal, sino que reveló un programa político. A los romanos apareció Teodorico como Trajano y Valentiniano I, lo que no debió limitarse simplemente a evocar los buenos antiguos tiempos... Pero frente a las gentes aparecía Teodorico muy bien como un emperador. La imagen del imperial guardián de los pueblos, que otrora había desarrollado Themistios en Constantinopla, se ligaba ahora al *domitor ac victor* Teodorico» (p. 381-2). Su principal tarea fue la seguridad de Italia, en relación a los vándalos, los visigodos, los burgundias y los francos en Occidente; en relación a los alemanes, turingios, bávaros, hérulos y otros pueblos del Rin y del Danubio superior en las fronteras septentrionales del reino ostrogodo y en relación a Bizancio, a los gépidos y a los lombardos en las fronteras orientales del reino ostrogodo. En estos diversos frentes desplegó una política de alianzas matrimoniales que ligaron a los linajes regios de distintos pueblos con los Amalos.

FLORECIMIENTO CULTURAL Y RUINA DEL REINO OSTROGODO

«Los ostrogodos emplearon su lengua tradicional hasta el fin de su reino itálico. Debieron ser latinizados más tardíamente que

los visigodos o los burgundas» (p. 400). De un scriptorium de Ravena procede el célebre Codex Argenteus, maravillosos manuscritos de la Biblia traducida por Wulfilas en letras de plata y en algunos casos especiales, como los nombres de los evangelistas, en letras de oro. «La caligrafía es de una impresionante regularidad hasta el punto de que parece trazada según una plantilla» (p. 401).

La *Lex Gothica*, o sea, la confesión e instituciones gótico-arrianas experimentaron en el reino itálico de Teodorico el Grande su mayor florecimiento. Sin embargo, no es comprensible sin sus raíces latinas y sobre todo griegas, como tampoco sin su oposición al cristianismo romano-católico... Teodorico profesaba la fe arriana y la favorecía sin hacer gran alarde de ello. Pero los frutos de sus esfuerzos y de las condiciones por él creadas se cuentan hoy todavía entre las más hermosas y valiosas realizaciones del espíritu europeo: el bautisterio arriano, el actual oratorio de Santa María in Cosmedin, siguió el ejemplo del bautisterio ortodoxo de San Juan in fonte cerca de la catedral. En contraste, la iglesia de la corte, hoy San Apolinar Nuevo, es sin duda el más suntuoso testimonio de un edificio sacro arriano, una generación más antigua que San Apolinar in classe... Por muy elevadas realizaciones de que haya sido capaz el arrianismo, ellas no constituyen sino manifestaciones periféricas de un tardío florecimiento de la cultura antigua que el régimen de Teodorico hizo posible» (p. 402-3).

Pero los últimos años del reinado dejaron ver «que finalmente fracasó la política de Teodorico de conciliación entre romanos y godos, católicos y arrianos, cultura latina y bárbara. Ahí está la causa de la ruina del reino ostrogodo, y también del fin de Italia como centro de la antigüedad tardía» (p. 409)

Después de Teodorico reinaron todavía los Amalos una década (526-536). Tras ellos empezaron las largas guerras góticas contra los ejércitos enviados por el emperador de Oriente Justiniano a reconquistar Italia. Pese al heroísmo y las victorias de los últimos reyes godos, a la larga se impusieron los ejércitos imperiales. La derrota y muerte del rey Teja en Monte Lactario, cerca de Nápoles, en 552, selló la suerte del reino ostrogodo. Después de ella los godos no alzaron ningún otro rey. «Con este reconocimiento de debilidad terminó medio milenio de historia goda» (p. 445)

UNA ETNOGRAFÍA HISTÓRICA

En la conclusión pone Wolfram a los godos como ejemplo para esbozar una etnografía histórica. El objeto de ella no son los pueblos propiamente dichos que pertenecen a una alta cultura, sino los bárbaros, que viven fuera de ella y constituyen los etnos o gentes. Estos bárbaros viven bajo la presión del hambre y de la necesidad, causada no por el crecimiento ilimitado de su población

que, por el contrario, permanece asombrosamente estable, sino por el estado de guerra permanente en que se encuentran. El enemigo no está constituido sólo por los extraños, sino por los propios vecinos de aldea, clan o familia. «Lo único que admira es cómo situaciones tan caóticas son consideradas armónicas por la tradición gentilicia. Pero subjetivamente lo eran, ya que una sociedad gentilicia vive del heroico pathos de la valentía. La historia es noticia de los "hechos de los hombres valerosos"; tiene en cuenta sólo al guerrero, al héroe. La gens y el ejército son una misma cosa, la gens es "el pueblo en armas"... La equiparación: pueblo = ejército configura la vida y con ello aniquila la etimología de todas las palabras que como gens, genus, genealogía, natio, encierran una imagen de comunidad de origen. Los pueblos bárbaros son por el contrario siempre mezclados; su surgimiento no es cosa de "sangre" sino de instituciones, aunque hasta ahora, siguiendo a las fuentes, se afirme lo primero. Las instituciones significan primariamente no mucho más que la agrupación y la conservación de aquellos grupos heterogéneos que componen un ejército bárbaro. El "núcleo tradicional" alrededor del cual se realiza la etnogénesis está constituido por los caudillos y representantes de linajes "conocidos", esto es, de aquellas familias cuyo origen se remonta a los dioses y cuyo carisma pueden probar con los éxitos correspondiente. Quien reconoce por suya a la gens, sea que haya nacido dentro de ella o que a través de la admisión en ella le fuere permitido adherirse, es parte de la gens, miembro de una *comunidad de origen por tradición*» (p. 450-1).

A partir de estos puntos de vista resume Wolfram su estudio sobre los godos bajo la forma de una saga gótica que abarca desde sus lejanos orígenes junto al Oder hasta su asentamiento en el suelo romano. «El Regnum godo en suelo romano se enraíza ciertamente en la tradición gentilicia, pero es una institución latina, enlazada con los más altos magistrados de la organización del ejército en la Antigüedad tardía y con las posiciones viceimperiales vinculadas a ellos. Análogamente la gens goda no es sólo el exercitus gothorum, sino al mismo tiempo un ejército federado romano, que como continuador del ejército romano de la corte posee el derecho a conferir el poder, aunque bajo una forma diferente. Los godos no proclaman a un emperador, sino a un rey. Desde el punto de vista institucional romano constituye la realeza bárbara aquella anomalía que reconcilia entre sí la praxis y la teoría de la anómala situación del Estado en la Antigüedad tardía. Gracias a ella se opera la institucionalización, o si se prefiere, la imperialización de la gens. Así tomó Teodorico el Grande al imperium romanum como padrón para su regnum y Leovigildo hizo otro tanto en la España visigoda, una vez que hubo estabilizado el reino. Paralelamente como contracorriente se operó la gentilización del mundo antiguo.

El nombre romano pierde su significado ecuménico y pasa a designar tan sólo una gens entre muchas...» (p. 453).

«A partir del momento en que las instituciones y tradiciones de los godos dejan de ser consideradas como extrañas, pues, en una palabra, los godos han dejado de ser bárbaros, termina también su historia como *ethnos*. Para esa historia lo mismo en sentido subjetivo como *res gestae*, que en sentido objetivo como *historia rerum gestarum* constituye la mitad del siglo VI un claro límite» (p. 453-4).

BASES PARA UNA ETNOGRAFÍA HISTÓRICA

La exposición histórica está por una parte ligada al espacio y al tiempo. Pero por otra parte debe ocuparse también del modo como los hombres del pasado fundamentaban su propia historia. Esto no es siempre fácil, porque al ocuparse del «horizonte de motivaciones» de los actores históricos existe la tendencia a substraerse a las categorías históricas» (p. 454).

De ahí que para Wolfram el intento de realizar una etnografía histórica de los godos deba partir de seis presupuestos. En primer término es preciso preguntarse por su tradición gentilicia, sobre la que nos informa la *origo gothica* recogida por Casiodoro en su *Historia de los godos* y transmitida a nosotros por Jordanes en sus *Getica* (p. 454). En segundo lugar hay que investigar su religión gentilicia, porque mientras ésta subsistió se tuvo a sus seguidores por bárbaros (p. 456). En tercer lugar debe considerarse también las instituciones, ya que el objeto propio de la historia de los godos es la gens institucionalmente conformada (p. 458). En cuarto lugar es necesario ocuparse de la lengua, que constituye «tanto etimológica como semánticamente el más importante fundamento para que (los godos) fueran considerados como bárbaros por quienes les rodeaban» (p. 459). En quinto lugar hay que considerar a los godos numéricamente y sobreponerse, por tanto, al topos de la etnografía de la Antigüedad sobre la inconmesurable multitud de los bárbaros, ya que «ellos debían vivir en algún lugar y mantenerse dentro de límites determinados» (p. 460). Finalmente, la etnografía histórica debe ser expuesta según los métodos de la ciencia histórica (p. 460).

APRECIACIÓN DE CONJUNTO

Lo expuesto basta para formarse una idea del rico contenido de esta historia de los godos. En ella se tratan por primera vez diversos temas que hasta ahora sólo habían sido objeto de estudios especializados. La obra se apoya sobre un sólido trabajo directo de

las fuentes y un amplio manejo de la bibliografía disponible. Las publicaciones utilizadas, libros y artículos especializados, abarcan no sólo las disciplinas históricas, en especial la historia general y la historia institucional, sino también las disciplinas afines, en particular la arqueología y la filología. Todo lo cual ha sido posible gracias a la serie de investigaciones previas del propio Wolfram principalmente sobre el esplendor del imperio⁶, la titulación regia y principesca en los reinos germánicos de Europa⁷, las instituciones de los terwingos⁸ y la *origo gothica*⁹. Por su contenido y la bibliografía allí empleada estos trabajos constituyen un complemento indispensable para apreciar el alcance y fundamentación de diversas partes de su Historia de los godos, que en el texto mismo no van acompañados de un aparato crítico suficiente.

Para Wolfram la clave de la historia de los godos está en una cadena de etnogénesis que se extiende a lo largo de aproximadamente medio milenio, desde que tenemos las más remotas noticias sobre ellos a comienzos de la era cristiana hasta la época de las migraciones, durante la cual surgen los visigodos a fines del siglo IV y los ostrogodos en la primera mitad del siglo V. Este enfoque se basa en la conocida obra de Wenskus *Stammesbildung und Verfassung*¹⁰ como por lo demás lo reconoce el mismo Wolfram. El gran mérito de Wenskus fue mostrar que la formación de las gentes y sus instituciones son inseparables y que el núcleo tradicional cuyos portadores son las figuras o estirpes dirigentes desempeña un papel decisivo en dicho proceso. A partir de estos planteamientos ha rastreado Wolfram las huellas de las diversas etnogénesis que se suceden a lo largo de la historia de los godos.

En esta investigación se ha servido naturalmente de los trabajos científicos disponibles, pero sobre todo de un testimonio directo de primera clase, como son los fragmentos que conservamos de la *origo gothica*. Este material, como las demás *origines gentis*, ha sido objeto durante las últimas décadas de una investigación científica cada vez más cuidadosa, intensa y fructífera, pero todavía muy promisoriosa, a la cual ha contribuido en forma apreciable el propio Wolfram.

6. WOLFRAM, Herwig, *Splendor imperii*, Graz-Colonia 1963.

7. El mismo, *Intitulatio*, Graz-Colonia 1967.

8. El mismo, *Gotische Studien* I, II y III en: *Mitteilungen des Instituts f. osterreichischen Geschichtsforschung* 83, Viena, Colonia, Graz 1975.

9. El mismo, *Theogonie, Ethnogenese und ein Kompromittierter Grossvater im Stammbaum Theoderichs der Grosse*, en: *Festschrift f. H. Beumann zum 65. Geburtstag*, Sigmaringen 1977 p. 81 ss. *Einige Ueberlegungen zur gotischen origo gentis* en: *Festschrift f. A. Issaatschenko*, Lisse 1978 p. 487 ss.

10. WENSKUS, Reinhard, *Stammesbildung und Verfassung. Das Werden des Fruhmittelalterlichen gentes*, Colonia-Graz 1961.

Así pues, a la novedad de su enfoque de la historia de los godos, une Wolfram la novedad del material y del método científico empleado, que como es natural, complementa las directrices y métodos de investigación generalmente conocidos.

Los resultados son, en mi opinión, fundamentalmente convincentes. La visión panorámica de la historia de los godos que ofrece Wolfram en esta obra representa un sensible avance científico. No sólo se recogen y utilizan con acierto los principales logros de la investigación posterior a la ya mencionada obra de Ludwig Schmidt, que en su última versión data, como hemos recordado, de 1941. Por encima de eso se logra una mejor y más penetrante comprensión de las alternativas por las que atravesaron los godos en sus formaciones étnicas y en sus instituciones a lo largo de su historia.

SENTIDO FUNDACIONAL DE LA ORIGO GOTHICA

Pero hay algo todavía más importante. La línea dentro de la cual se sitúa Wolfram ofrece considerables posibilidades de ulteriores avances. Una de ellas es el reconocimiento del carácter fundacional que la *origo gothica* atribuye a cada una de las grandes etapas del pasado godo. Esto es, por lo demás, un rasgo común a las demás *origines gentis*.

Así, del más antiguo rey godo, Berig, se recuerda que encabezó la salida de su pueblo de la isla Scandza y su desembarco en las nuevas tierras, a las que los godos dieron nombre en su propia lengua. Tras lo cual vencieron y expulsaron de sus tierras a los ulmerugios y vencieron y sometieron a sus vecinos los vándalos¹¹. En otras palabras, según hay memoria —memorantur—, los godos se posesionan de las nuevas tierras, se asientan en ellas y establecen con sus victorias su posición dominadora sobre el suelo y naturalmente sobre sus pobladores, así como sobre los pueblos vecinos.

Algo semejante ocurre bajo el rey Filimer, hijo de Gadarich el Grande, que encabeza la salida de su pueblo de su antigua sede y lo guía hasta las nuevas tierras de Escitia, las que los godos designan con un nuevo nombre en su propia lengua y hacen suvas. A lo cual sigue su encuentro con los Spalos y su victoria sobre ellos, para terminar en el victorioso avance hasta los extremos de Escitia vecinos al Mar Negro, según se cuenta en general en sus antiguos cantos, casi de una manera histórica. De Filimer se dice, además, que después de haber introducido en las nuevas tierras de Escitia a su pueblo, encontró en medio de él a ciertas

11. JORDANES, *Getica* 25-26, ed. Theodor MOMMSEN M. G. H. *Auctores Antiquissimi* 5, I, Berlín 1882, reimpresión Berlín 1961.

mujeres magas, llamadas en su lengua haliurunnas, a las que tuvo por sospechosas y expulsó, forzándolas a alejarse en su ejército y vagar por tierras desoladas¹². De nuevo tenemos un posesionarse de las nuevas tierras y un establecerse con sus victorias en una posición dominadora sobre el suelo y sobre sus pobladores, incluso con expulsión de mujeres que introducían cultos perturbadores y con el significativo añadido de que tales empresas son relatadas en sus cantos antiguos *pene storicu ritu*.

Por otra parte, se nos dice que en sus cantos celebraban las grandes hazañas de sus antepasados, cuyos nombres gozan de la mayor admiración¹³. Pero, sobre todo se destaca que los godos no consideraban como simples hombres a sus próceres, a cuya especie de fortuna debían las victorias, sino que los aclamaban como anses, esto es, semidioses y se transcribe la genealogía de los Amalos que efectivamente se remonta a Gaut¹⁴, el mismo antepasado divino que encontramos como punto de partida de la genealogía de distintos linajes reales, pertenecientes a otros pueblos germánicos.

En conjunto todos estos fragmentos de la *origo gothica* producen la impresión de que hazañas como las que inmortalizaron a Berig o a Filimer o hicieron posible la elevación de los Amalos a la realeza son grandes empresas colectivas, que comprometían a la gens entera y revestían a través de la victoria un sello sacral. Toma la posesión de un nuevo suelo, repartición del mismo y recomposición de la gens en su nueva posición dominadora del territorio y de las poblaciones bajo su poder, presentan todos los caracteres de una especie de nueva fundación de la gens, a la que la victoria confiere un sello sagrado. Como tales estas empresas no se consideran como simples hazañas históricas, sino como manifestaciones de los poderes divinos y son por tanto, objeto de conmemoración ritual, en un culto gentilicio de los propios orígenes, al cual pertenecían los antiguos cantos.

Sin duda, el tema merece un examen más detallado, como el que hace algunos años le dedicó Karl Hauck en uno de sus trabajos¹⁵. Pero lo apuntado basta para hacer ver que en la *origo gothica* encontramos no sólo huellas de algunas etnogénesis de que nos habla Wolfram, sino también huellas del significado que esas etnogénesis pudieron tener para los propios godos. Lo que, a su vez, arroja nueva luz sobre sus creencias, cultos e instituciones, en particular sobre la genealogía sacral de la gens y de sus figuras y familias más prominentes. Por este camino puede hallarse también una

12. Getica 26-29 y 121.

13. Getica 43.

14. Getica 78-81.

15. HAUCK, Karl, *Lebensnormen und Kultmythen in germanischen Stammes- und Herrschergenealogien* en: *Saeculum* Año 1955, cuaderno 2, Freiburg-München 1955, p. 186 ss.

explicación para la asombrosa persistencia de tradiciones gentilizas que se remontan a un remoto pasado, de las que la figura y las hazañas de Berig y Filimer son un buen ejemplo, pues corresponden a un horizonte temporal de comienzos de nuestra era y de mediados del siglo II respectivamente. Desde el momento en que tales figuras están asociadas a las «primeras» fundaciones de la gens y en este sentido entran dentro de la serie de sus «fundadores», son acreedoras a una veneración especial por parte de las generaciones posteriores. Así tenemos que determinadas tradiciones contenidas en la *origo gothica* bien pudieron mantenerse vivas de generación en generación en función de un culto gentilicio de los propios orígenes, según lo ha mostrado el mismo Hauck en su pequeña obra maestra, *Carmina Antiqua* ¹⁶.

LOS REINOS VISIGODO Y OSTROGODO EN SUELO ROMANO

Un tema distinto es el de la formación de los reinos visigodo y ostrogodo en suelo romano. Aquí Wolfram parece ir demasiado lejos cuando en la conclusión extiende al reino visigodo las grandes líneas del proceso institucional, por tantas razones único, que condujo al establecimiento del reino itálico del ostrogodo Teodorico.

Su afirmación: «El Regnum godo en suelo romano está por cierto enraizado en la tradición gentilicia, pero es una institución latina, enlazada con los más altos magistrados de la organización militar de la Antigüedad tardía y con las posiciones viceimperiales vinculadas a ellos» (p. 453) es válida para este reino itálico de Teodorico, quien como se sabe, desde 500 se tituló *Flavius Theodoricus rex*. Igualmente es válida para el ejército de Teodorico la afirmación de que como ejército federado romano sucedió al ejército romano en el derecho a conferir el poder, si bien en una forma diferente, pues los godos no proclamaban un emperador sino un rey (p. 453). Pero ambas situaciones no se dieron en el reino tolosano fundado por los visigodos casi un siglo antes.

Entonces había en Occidente un emperador romano, que no desapareció hasta 476 y ejércitos romanos, que alguna vez alzaron a un emperador, como sucedió en 455 con Avito, en la propia Galia, en cuya parte meridional estaban asentados los visigodos. Por esto la situación y la actitud de los reyes visigodos frente al imperio fueron muy distintas a las del rey ostrogodo Teodorico. Walia que fue

16. El mismo, *Carmina Antiqua. Abstammungsglaube und Stammesbewusstsein* en: *Festschrift f. K. A. von Müller zum 80. Geburtstag*, München 1964, p. 1 ss. Sobre la significación de esta obra ver BRAVO LIRA, Bernardino, "Iudex Gothorum". Apuntes sobre una forma institucional de transición, en *Revista de Estudios Jurídicos* II, Valparaíso, p. 79 s.

elegido en 415 concertó un foedus con el emperador Honorio en virtud del cual los visigodos se asentaron en Aquitania. Sus sucesores, los «nuevos» Baltos renovaron el foedus hasta Eurico (466-84), con el cual el reino visigodo cesó de formar parte del imperio. Al menos así parece indicarlo el hecho de que las novelas del emperador Anthemio (467-72) sean las primeras que no se recogen en la *Lex Romana Visigothorum*. Durante la vigencia del foedus ningún rey visigodo pretendió tener en su reino de Aquitania una posición viceimperial, como la que tuvo el rey ostrogodo Teodorico en Italia, cuando ya no había ni emperador ni ejército romano en Occidente. En este sentido es muy significativo que en 455 el rey visigodo impulsara la elevación de Avito como emperador. Con Eurico la distancia entre la realeza visigoda y el imperio lejos de aminorarse, se reafirmó, pues tanto la realeza como el ejército visigodo se desligaron del imperio. Al dejar de ser un ejército federado, quedó excluida la posibilidad de que el ejército visigodo se considerara como sucesor del ejército romano para los efectos de conferir el poder.

Es cierto que no conocemos la titulación de los reyes tolosanos. El único indicio sobre ella es la gema de Alarico II, alrededor de la cual se lee la inscripción ALARICUS REX GOTHORUM. Lo cual concuerda con la actitud de estos reyes que tanto durante la vigencia del foedus como después de ella se comportan como reyes gentis.

Por otra parte, es muy significativo que el primer testimonio sobre el uso del título Flavius en el reino visigodo provenga precisamente del ostrogodo Theudis que reinó después de la extinción de los Baltos con Amalarico en 531. Nos referimos a la conocida ley de Theudis sobre costas procesales del año 546.

Esta titulación no vuelve a encontrarse hasta 589, en la subscripción por Recaredo de las actas del III Concilio de Toledo, que ratificó la conversión de los visigodos a la Fe católica. Pero este testimonio corresponde, como lo reconoce Wolfram, a una nueva etapa del regnum visigodo, iniciada por Leovigildo (568-86) el padre y antecesor de Recaredo. En ella los reyes visigodos se apropian de los atributos imperiales para realzar su propia realeza. Apenas hace falta señalar la diferencia entre esta imitatio imperii con que Leovigildo busca realzar su propia realeza en una España completamente independiente del imperio y aquella otra imitatio imperii, con que Teodorico había buscado realzar su posición viceimperial en una Italia perteneciente al Imperio.

Así pues, en todo momento los rasgos institucionales del regnum visigodo impiden asimilarlo al regnum ostrogodo, establecido por Teodorico en Italia.

Para terminar, un par de observaciones de orden bibliográfico.

Dentro del mundo de habla castellana y portuguesa a los historiadores del derecho les llamará, sin duda, la atención que en el nutrido aparato crítico de esta obra no se mencionen los trabajos de García-Gallo sobre la territorialidad del derecho visigodo¹⁷. A su vez, entre los historiadores de la temprana Edad Media de habla alemana, se echará de menos una referencia al trabajo de Hauck sobre las asociaciones culturales de los germanos en la época de Tácito¹⁸ a propósito de la asociación cultural lugio-vándala de que se ocupa Wolfram al tratar de los gutones.

BERNARDINO BRAVO LIRA

17. GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Nacionalidad y territorialidad del derecho en la época visigoda*, en: ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL 13, Madrid 1936-41, p. 168 ss. El mismo, *La territorialidad de la legislación visigoda*, en: *Boletim da Faculdade de Direito* 19, Coimbra 1943, p. 194 ss., reproducido en: ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL 14, Madrid 1942-43, p. 341 ss. El mismo, *Historia del Derecho español, vol. I* (único aparecido), fascículo 1, Madrid 1943, p. 341 ss. El mismo, *Manual de Historia del Derecho Español*, 2 vols., 1.^a ed., Madrid 1959, vol. I, 467, p. 220, hay varias ediciones posteriores.

18. Ver nota 16.

II

LA DESPRIVATIZACION DEL «FURTUM» EN EL DERECHO POSTCLASICO (*)

1. Silvio Perozzi dice en ese libro tan lleno de sugerencias que son sus *Istituzioni*¹ que «Sorprende la extraordinaria importancia que ha nel diritto penale privato romano il furto; la quantità e l'antichità delle prescrizioni che lo riguardano; le distinzioni numerose che se ne fanno; la varietà delle pene; la gravità loro antica; la mitezza recente; e l'età tarda in cui il furto diviene reato pubblico».

«El cuadro de las obligaciones nacidas de delito, tal como se nos presenta en el Derecho clásico, es eminentemente pretorio y no civil; sin embargo, se conservan acciones civiles en el caso del hurto y en el de daños»². Esta situación se entiende mejor aceptando la idea expuesta con claridad por Albanese³ y discutida en parte por Liebs⁴. Para el primero, la historia del derecho privado romano, en cuanto a los actos ilícitos, puede concebirse como la historia de una degradación progresiva de la penalidad. Ya en las XII Tablas se puede apreciar una profunda modificación de la pena y de la perspectiva penal que, en el derecho postdecenviral, manifiesta una tendencia generalizada a sustituir la aflicción personal por la sanción patrimonial y hacia una paulatina degradación de la misma penalidad que culminaría, en el procedimiento formulario, con la condena pecuniaria, es decir, con la posibilidad de una pena patrimonial como resarcimiento⁵.

2. En cuanto a la desprivatización penal del *furtum* hay que considerar varias etapas en una tendencia no necesariamente rectilínea pero sí constante.

(*) Ponencia leída en la 32 sesión de la SIDA, Ankara, septiembre 1978.

1. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano*, II² (1928) p. 325.

2. D'ORS, *Derecho Privado Romano*⁴ (1981) p. 429. En adelante: *DPR*.

3. ALBANESE, s. v. *Illecito*, en *Enciclopedia del Diritto*, XX (1970), p. 55. En adelante: *Illecito*.

4. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe* (1972) p. 95.

5. *Illecito* p. 61.

Al principio, el *furtum* tiene una acepción restringida de sustracción de cosa ajena; es sancionado con gran severidad⁶. Con posterioridad a las XII Tablas, el *furtum* opera en un ámbito muy amplio e indeterminado que viene a comprender «cualquier caso de pérdida dolosamente provocada y, más en general, de conducta dolosa, respecto a cosas sobre las cuales otros tengan un derecho, y que no pueda subsumirse bajo uno de los preceptos decenvirales específicos»⁷. Se trata de un esfuerzo jurisprudencial para proteger a los particulares frente a actos dolosos no tipificados de otro modo⁸, que tiene como resultado práctico la aparición de una modalidad general de ilícito privado que, un tanto ambiguamente, se denominaría *furtum* en el cual «no parece tener importancia decisiva el perjuicio sufrido por la víctima»⁹.

3. Ahora bien, a partir de los últimos siglos de la República se inicia una orientación opuesta: la Jurisprudencia inicia una ingente labor de reducción y precisión de la idea del *furtum*, llegará a determinar sus requisitos concretándolos en términos técnicos como *contrectare* en el aspecto objetivo y *animus furandi* en el subjetivo, a elaborar una doctrina de la complicidad, a excluir del ámbito del *furtum* conductas que podrían considerársele extrañas mediante la profundización en el estudio de la responsabilidad contractual, etc.¹⁰.

Esta tarea jurisprudencial de varios siglos modifica aquel concepto anterior del *furtum* que, en feliz expresión de Kaser¹¹, parecía no tener orillas y culmina en la conocida definición de Paulo 38 *ed. D.* 47,2,1,3: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve...* que, a pesar de algunos reparos¹², bien podría reflejar el pensamiento de la última jurisprudencia clásica. Volterra estima¹³ que puede considerarse como el producto de una larga y esforzada elaboración doctrinal. Justiniano la asume en I,4,1,1.

La Jurisprudencia llega a exigir «un acto de desplazamiento de

6. *Illecito* p. 86. ALBANESE, s. v. *Furto*, en *Enciclopedia del Diritto*, XVIII (1969) p. 313 s. En adelante: *Furto*.

7. *Illecito* p. 86.

8. *Illecito* p. 86.

9. *Furto* p. 314.

10. *Illecito* p. 86; *Furto* p. 316 s.; KASER, *Das römische Privatrecht* I² (1971) 641. En adelante: RPR I.

11. RPR. I, p. 614.

12. PERNICE, *Labeo*, C (1895 reimpr. 1963) p. 155 ya indica que fraudulosa no aparece más que en este texto. Vid. SCHULZ, *Classical Roman Law* (1951) p. 58; *DPR*, p. 430. Según Pernice, Paulo usaría *fraudulosa* en lugar de *dolosa* y no habría que equipararla con *fraudulenta*. Paulo habla en otra ocasión de *dolo malo contrectat* (PS.2,31,1): *Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat*.

13. VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Romano* (1974) p. 559.

la cosa (*contrectatio*), pero, en algunos casos, considera hurto el abuso sobre una cosa confiada (*furtum usus*) y también la sustracción de la posesión por el mismo propietario (*furtum possessionis*)»¹⁴. Aunque algunos hayan querido encontrar en el referido texto de Paulo una tripartición, «en realidad el hurto es un delito único, como la acción penal a que da lugar»¹⁵.

4. Coincidiendo parcialmente en el tiempo con esta labor jurisprudencial, otras influencias importantes inciden en esta nueva orientación al crear nuevas modalidades de delitos privados que restringen paulatinamente el ámbito del *furtum*¹⁶. Son, por una parte, la actividad legislativa y, sobre todo, la interpretación de la ley Aquilia que amplía constantemente el área del *damnum*. Por otra, la actividad edictal, primero por la amplitud que permite la acción del dolo; luego mediante la creación de buen número de acciones *in factum* para sancionar actuaciones que el refinamiento de la sensibilidad jurídica ya no podía considerar incluidos en la idea excesivamente omnicompreensiva del *furtum*. Es perfectamente conocida la hipótesis de Ernst Levy¹⁷ sobre el origen penal de las acciones *in factum*, discutida recientemente por Liebs¹⁸.

A partir de los últimos tiempos de la República, la Jurisprudencia elabora, como indicamos, un concepto más restringido del *furtum*, de modo que llega a constituir «el prototipo de delito privado que da lugar a una *obligatio* penal» (D. 4,7,2; C. 6,2)¹⁹. «En la *actio furti* y en la *actio iniuriarum* el carácter puramente penal es más aparente, y por ello, en estas dos acciones el pacto de renuncia a las mismas opera *ipso iure*, sin necesidad de *exceptio* (D. 2, 14,17,1)»²⁰. La Jurisprudencia acaba por ver una *obligatio* cuyo objeto es la *poena*, en la sustitución de la venganza lícita por una composición convencional que impide la venganza²¹. «En definitiva, el delincuente debía pagar una composición pecuniaria»²².

Estas acciones suelen ser «privadas» también en el sentido de que sólo la parte interesada puede promoverlas (D. 3,3,42 pr.)²³. La cumulatividad de las acciones penales tiene una excepción, un *beneficium edicti* para el caso de que varios esclavos de un mismo dueño cometan un hurto (D. 47,6) en el sentido de que la pena exigible es una sola; en efecto, la *familia* viene a constituir un su-

14. DPR. p. 430.

15. DPR. p. 430 n. 3.

16. *Illecito* p. 86; *RPR*. I p. 615.

17. LEVY, *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht* (1915) p. 13 ss.

18. LIEBS (cit. supra nota 4) p. 95 n. 41.

19. DPR. p. 429.

20. DPR. p. 424.

21. DPR. p. 424.

22. FUENTESECA, *Derecho Privado Romano* (1978) p. 317.

23. DPR. p. 423 n. 1.

jeto único, por la unicidad del dueño. También cuando son varios los publicanos (*socii* entre sí) que cometen una exacción ilícita (D. 39,4,6) ²⁴.

Como indicamos, el *furtum* es un delito único. De ahí que la acción del hurto persiga «una pena en castigo del *fur*, pero presenta distintas modalidades según las circunstancias del delito» ²⁵

A pesar de la gran labor innovadora del Pretor, las antiguas acciones de las XII Tablas se mantienen en el procedimiento formulario para algunos casos: *actio furti (nec manifesti)*, *actio furti concepti*, *actio furti oblati*, *actio de tigno iuncto* ²⁶

El Pretor agrega otras acciones *in factum*, como queda dicho, para la represión de distintos tipos de hurto, algunos de ellas agravadas al *quadruplum*... Las más importantes son: la *actio furti manifesti*; la acción contra el ladrón que había impedido hacer el registro en su casa; la *actio furti non exhibiti*; la acción contra los *nautae*, *caupones* o *stabularii* a causa del hurto cometido por los dependientes; contra los publicanos por las exacciones ilícitas; contra el esclavo manumitido en el testamento que hurtó algo de la herencia antes de ser esta adida; la *actio rerum amotarum*; la *actio vi bonorum raptorum*; la acción contra el que cometió hurto o causó daños con ocasión de un incendio, derrumbamiento, naufragio o abordaje; la *actio depositi in factum*; la acción contra el mayor de veinte años que se dejó vender dolosamente como esclavo para luego defender su libertad y participar en el precio cobrado; y otras muchas más ²⁷.

5. Otra innovación decisiva contribuye a difuminar la frontera entre Derecho privado y Derecho penal ²⁸: a partir del Principado y merced a la introducción de la *extraordinaria cognitio* se desarrolla un germen sembrado ya hacia mediados del siglo II a.C. por las *quaestiones perpetuae* (tribunales especiales no comiciales para reprimir algunos actos ilícitos) en cuya órbita tenderán a ser absorbidas enseguida algunas modalidades típicas del Derecho privado (algunos casos de homicidio, falsificaciones, algunas formas de *furtum* y de *iniuria*...). Pero, como es sabido, las *quaestiones* fueron insuficientes, ya que el Derecho público penal de fines de la República estaba muy por debajo del nivel del Derecho civil, puesto que dos siglos de conmociones sociales y de guerras habían paralizado la actividad administrativa e impedido el desarrollo del Derecho criminal ²⁹.

24. DPR. p. 428 n. 1.

25. DPR. p. 431.

26. DPR. p. 431.

27. DPR. p. 431 ss.

28. RPR. I p. 611.

29. SCHULZ (cit. supra nota 12) p. 573.

De ahí que lo que no se logra con las *quaestiones perpetuae* se consiga mediante la cognición extraordinaria que, por la atracción de figuras privadas hacia el Derecho público, desarrolla muchos tipos de *crimina extraordinaria* y, en cuanto se refiere al *furtum*, algunos ejemplos son: el abigeato, el hurto de cosas de la herencia, el hurto de cosas sagradas, el hurto cualificado de los *fures balnearii*, de los *saccularii*, de los *derectarii* (D. 47,11,7), y la misma *rapina* es subsumida en el *crimen vis* ³⁰.

Ya Levy ³¹ afirmó sin ambages que no hay que achacar al Derecho vulgar la influencia decisiva en la transformación del Derecho delictual tardío, sino a la *cognitio*, que influye desde sus inicios en el siglo I, se fortalece en el siglo II y, desde comienzos del siglo III determina el oscurecimiento del procedimiento ordinario hasta sustituirlo enseguida totalmente. Kaser ³² dice concretamente, respecto al hurto, que ya en la época clásica tardía, la reclamación privada del *furtum* es relegada a un segundo plano por la reclamación criminal. Todo esto significó mucho más que una transformación procesal ³³. Y ninguna otra área fue más sensiblemente afectada por este desencadenamiento del orden jurídico que el Derecho penal privado, la *obligatio ex delicto*. Junto con el procedimiento ordinario se corroyeron los *delicta*. La mayoría de las más importantes modalidades de actos ilícitos que antes eran comprendidas en el Derecho privado son asumidas como *crimina extraordinaria*, en el Derecho penal.

La distinción terminológica entre el *delictum* y el *crimen*, mantenida todavía en el siglo II, es paulatinamente desconocida en el siglo III ³⁴. Bajo Antonio Pío, la víctima de un hurto podía optar entre el *ordo iudiciorum* o el procedimiento *extra ordinem*, de modo que a finales del período clásico existe un dualismo tanto procesal como sustantivo. El ámbito de las penas impuestas por el Derecho privado había sido restringido, pero no había desaparecido ³⁵.

6. Claro que, si estamos de acuerdo con Albanese ³⁶, en época

30. PERNICE (cit. supra nota 12) p. 14 s.; *Illecito* p. 67 s.

31. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (1956) p. 301. En adelante: *WRV*.

32. *RPR*. I p. 617, citando a ARANGIO-RUIZ, *Rariora* (1946 reimpr. 1970) p. 229 s.

33. *WRV*. p. 301.

34. *DPR*. p. 423: "La distinción terminológica entre *delictum* y *crimen*, de todos modos, no es muy rigurosa: se trata de términos del lenguaje corriente que los juristas utilizan en un sentido u otro tan sólo preferentemente, y no hay que olvidar que la extensión del procedimiento cognitorio, especialmente precoz en materia penal, hubo de facilitar la indiferencia terminológica".

35. *WRV*. p. 202 s.

36. *Illecito* p. 87.

postclásica desaparece prácticamente del campo de los actos ilícitos privados aquel amplio bastión de la más neta penalidad que venía representado por el *furtum*. De ahí el *nunc furti plerumque criminaliter agi* de Ulp. 38 ed. en D. 47,2,93. Y ya hicimos referencia a varias hipótesis de *crimina extraordinaria* del tipo de los *fures balnearii*, etc.

Este mismo período postclásico muestra una mezcla, tanto de los tipos delictuales, como de las penas³⁷. El desarrollo arranca de la pena que, como en todos los delitos, adquirirá un nuevo carácter y se convertirá en un resarcimiento agravado. Levy³⁸ aduce textos que demuestran la desaparición paulatina de la distinción entre pena y reipersecución. Y en lugar de la acumulación se llega a la idea de que el resarcimiento haya de multiplicarse, incluyendo la indemnización que en época clásica alcanzaba la acción reipersecutoria, dentro del múltiplo penal³⁹. Esta idea sería todavía extraña al Derecho privado del hurto y del robo en el siglo III, pero aparece de una manera inequívoca en los siglos V y VI. De ahí también que se volatilicen los *genera furtorum* clásicos⁴⁰, aunque persista en algunos textos una conservación mal entendida de clasificaciones anteriores.

Desde el siglo V, se establece la pena única al cuádruplo⁴¹. Ignoramos cómo se pasa del doble al cuádruplo. Entre otras conjeturas es posible que la tendencia general a agravar las consecuencias jurídicas de los delitos se apoyara en el cuádruplo con que se penaba al robo que ya no se distinguía del hurto, si bien los autores de robos habían de afrontar así mismo las penas severas de los delitos violentos⁴².

Si el hurto o el robo hubiera sido perpetrado por un esclavo, el dueño, si lo entrega *in noxam*, ha de restituir además cuanto hubiere conseguido por el acto delictivo⁴³.

En resumen: «en la época tardía, la represalia pública del hurto tiende a desplazar las acciones privadas»⁴⁴ Kaser indica⁴⁵ que la extensión de la jurisdicción criminal, que abarca las demandas privadas de los delitos, tiene su origen en la tendencia de la monarquía absoluta a vigilar con mayor rigor los actos contra derecho y es, en consecuencia, común a Oriente y Occidente. La evolución

37. *RPR*. II² (1975) p. 433, apoyándose fundamentalmente en *WRV*. p. 312 ss.

38. *WRV*. p. 312 ss.

39. *RPR*. II² p. 427.

40. *RPR*. II² p. 434 n. 8.

41. *WRV*. p. 316 ss.

42. *WRV*. p. 318 y 321.

43. *RPR*. II² p. 434.

44. *DPR*. p. 431.

45. *RPR*. II² p. 427 s.

expansiva que hemos intentado describir, ni es completa ni opera de modo sistemático pero, en su conjunto, puede considerarse unitaria ⁴⁶.

7. Justiniano restablece la distinción entre hurto y robo (I 4,2) y concibe como acción penal mixta a la *actio vi bonorum raptorum* (I. 4,6,19). Distingue asimismo entre hurto no manifiesto, castigado al doble y hurto manifiesto al cuádruplo. También entre la *actio furti* penal y la *condictio furtiva* reipersecutoria (I. 4,1,19). Deroga expresamente las acciones relacionadas con el registro domiciliario y, con ello, las acciones *furti concepti, oblati, prohibiti* y *non exhibiti*, que, desde hacía tiempo, *in desuetudinem abierunt* (I. 4,1,4). Respecto a la tipicidad del *furtum* (I. 4,1,1 ss.; D. 47,2,54 pr.; 66,84, entre otros ejemplos) y a la legitimación activa para la *actio furti* (I. 4,1,13 ss.; D. 47,2,10 ss.; 49;86 ss., etc.), Justiniano preserva abundantes fragmentos de las controversias clásicas y, como legislador, aconsejado por la escuela, toma posición respecto a algunos temas controvertidos: ejemplos I. 4,1,8;16; C. 6,2,21; 22,1; 22,3; 22,4 ⁴⁷. El resultado final en el Derecho justiniano parece ser la reducción del *furtum* a límites muy estrictamente fijados, alcanzando una cota muy alta en la progresiva desprivatización final ⁴⁸. Claro que, de acuerdo con Kaser ⁴⁹, no hay que supervalorar los esfuerzos de los compiladores en pro de la preservación del pensamiento jurídico clásico por lo que respecta a su importancia para la vida jurídica de aquella época, ya que van dirigidos esencialmente a las necesidades académicas, no a la práctica. Lo dice así el propio emperador por boca de Ulpiano, 38 ed. D. 47,2,93: *Meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere, no quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. non ideo tamen minus, si qui velit, poterit civiliter agere.*

JESÚS BURILLO

46. *Illecito* p. 67.

47. *RPR. II* ² p. 434 s.

48. *Illecito* p. 86.

49. *RPR. II* ² p. 435.

III

UN "RESPONSUM" DE ESCEVOLA: D. 7, 1, 50

Una lectura detenida de D.7,1 (*de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur*) nos lleva a sacar a la luz un texto, hasta ahora poco estudiado, que trataremos de analizar; se trata de un fragmento de Paulo, D.7,1,50 (*libro tertio ad Vitellium*), que transcribimos a continuación:

Titius Maevio fundum Tusculanum reliquit eiusque fidei commisit, ut eiusdem fundi partis dimidiae usum fructum Titiae praestaret: Maevius villam vetustate corruptam necessariam cogendis et conservandis fructibus aedificavit: quaesitum est, an sumptus partem pro portione usus fructus Titiae adgnosceret. respondit Scaevola, si, priusquam usus fructus praestaretur, necessario aedificasset, non alias cogendum restituere quam eius sumptus ratio haberetur.

El texto procede del comentario de Paulo al libro tercero *ad Vitellium*, en el que, bajo la rúbrica *de legatis*, se contenía el comentario a la rúbrica, hipotizada por Lenel, *de usu et usu fructu legato*, en la cual se encuadraba también D.7,1,1 (= Inst. 2,4,pr.), que contiene la conocida definición de usufructo: *usus fructus est ius alienis rebus utendi et fruendi salva rerum substantia*. Según Lenel¹, Paulo no hizo sus cuatro libros *ad Vitellium* sobre las obras de este jurista, casi desconocido (de época de Augusto), sino a través de los comentarios que Sabino dedicó a las obras de Vitelio, del que, por lo demás, no se nos ha conservado ningún fragmento. Gracias, pues, a Sabino, tenemos referencias de las obras de aquel jurista². Nuestro texto coin-

1. LENEL, *Palingenesia* I col. 1301 n. 2.

2. Sobre la naturaleza de los *libri ad Vitellium* y la existencia misma de un jurista llamado Vitelio, hay una interesante polémica. BREMER, *Iurisprudentia Antehadrianea* 2. I (1899) p. 375 ss., seguido por DI MARZO, *Di una recente congettura sull'indole dei "libri ad Vitellium" di Masurio Sabino* (1899) p. 13, y BAVIERA, *Di una congettura dei "libri ad Vitellium" di Masurio Sabino*, en *Scr. Giuridici* I (1909) p. 142, sostenían que *Vitellius* no fue conocido en absoluto como jurista, sino que fue un contemporáneo y amigo de Sabino al que éste dedicó su obra; esta hipó-

cide, en términos casi idénticos, con D.33,2,32,5, del mismo Escévola (al que citaba Paulo), en el libro quince de sus «digestos». Se trata, como vemos, de uno de aquellos casos de *leges geminatae* (aunque de distinto autor) que Justiniano quiso evitar en el *Corpus Iuris*, aunque no siempre lo consiguió³.

Los Compiladores colocaron el texto de Paulo, procedente de la *pars edictalis*⁴, en el libro séptimo del Digesto —dedicado todo él al usufructo—, y en su título primero, bajo la rúbrica *de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur*, donde se trataban las cuestiones más generales acerca del usufructo⁵. Los otros títulos de este libro séptimo incidían sobre aspectos más concretos: así: D.7,2: *de usu fructu ad crescendo*; D.7,3: *quando dies usus fructus legati cedat*; D.7,4: *quibus modis usus fructus vel usus amittitur*; en D.7,5 se trataba del usufructo sobre cosas consumibles (*de usu fructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur*); en D.7,6, de la defensa procesal del usufructo (*si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur*); en los dos títulos siguientes, 7 y 8, los compiladores tratan *de operis servorum* y *de usu et habitatione*, que son modalidades especiales del legado de uso, sin *frui*, que Justiniano aproximó al usufructo; por último, en D.7,9, se trataba de la *cautio usufructuaria* (*usufructuarius quemadmodum caveat*).

El texto dice que Ticio «dejó» a Mevio —suponemos que por legado— el fundo Tusculano; más explícitamente, Escévola, en D. 33, 2,32,5, dice: *Lucius Titius testamento suo Publio Maevio fundum*

tesis fue rechazada por SCHULZ, *Storia de la Giurisprudenza Romana* (Florenca 1968) p. 374 s., para quien, sin dudar de la clasicidad de los *libri ad Vitellium* de Paulo, esta obra fue notablemente reelaborada por un desconocido jurista post-clásico; de acuerdo con Schulz están KUNKEL, *Herkunft und Soziale Stellung der römischen Juristen* (1952) p. 217 ss. y WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (1960) p. 280 s. GUARINO, "Ad Vitellium", en *BIDR*, 1963 p. 1 ss., y "Libri ad", en *Synteleia Arancio-Ruiz II* (1964) p. 768 ss., se adhiere a la opinión leneliana sobre la procedencia de los *libri ad Vitellium* del comentario de Sabino a estos libros, y se limita a expresar sus dudas sobre la personalidad de Vitelio; parcialmente en contra, ASTOLFI, "Et Cassius apud Vitellium notat", en *IURA* 1965 p. 115 ss.

3. Const. *Tanta* § pr.

4. En este caso, la duplicación del mismo *responsum*, bajo el nombre de autores distintos, se explica por el hecho de que el fragmento de Paulo (D. 7,1,50) fue escogido por la comisión de la masa edictal, en tanto el de Escévola (D.33,2,32,5) fue añadido posteriormente, en el *Appendix*.

5. Es interesante la observación de KRÜGER, *Ueber die Reihenfolge der "leges" in den Titeln der Digesten Justinians*, en *SZ*. 1901 p. 33 n. 1, de que los Compiladores colocaron los fragmentos de Paulo *ad Vitellium* siempre detrás de los comentarios procedentes de los *libri ad Plautium*, como evidencia nuestro texto: D.7,1,46-50; asimismo: D.7,8,18-19; 35,1,43-46; 40,7,20-22.

*Tusculanum reliquit*⁶. Y le encargó por fideicomiso que otorgara a Ticia el usufructo de la mitad del mismo fundo⁷; es decir, que Ticio es fideicomitente, Mevio es fiduciario y Ticia es fideicomisaria del usufructo de la mitad del fundo Tusculano. En dicho fundo, Mevio reedificó una casa (*villa* es el nombre técnico para aludir a una casa rural, mientras que *aedes* es el nombre propio de las casas edificadas en suelo urbano)⁸, que se había arruinado por su antigüedad, casa que hacía falta para la recogida y conservación de los frutos que producía el mencionado fundo. Planteada la cuestión de si Ticia debería sufragar una parte de los gastos, en la medida de su usufructo de la mitad⁹, Escévola respondió que, si dicha reedificación se hubiera llevado a cabo, por necesidad de la finca, antes de que el mismo Mevio hubiera dado a Ticia el usufructo de la mitad del fundo, no tiene Mevio obligación de restituir más que deduciendo el importe del gasto realizado (*non alias cogendum restituere, quam eius sumptus ratio habeatur*)¹⁰. En otras palabras: el gasto realizado por Mevio, propietario del fundo, en la reparación de la *villa* era imprescindible para la explotación económica del mismo fundo (*necessaria cogendis et conservandis fructibus*)¹¹, y, si dicho gasto se realizó antes de que Ticia se hiciera usufructuaria del fundo Tusculano, decía Escévola que quedaba ella obligada a abonar la cantidad a que ascendía la reparación de la casa, en proporción a su derecho.

6. SCHULZ, *Ueberlieferungsgeschichte der "Responsa" des "Cervidius Scaevola"*, en *Symbo'ae Lenel* p. 221, pone de relieve las diferencias puramente formales, entre D.7,1,50 y 33,2,32,5. Parece más probable que se trate de un legado, pues en ambos textos se alude a una disposición de cosa singular, sin aludir a la condición de heredero.

7. MAYR "*Praestare*", en *SZ.* 1921 p. 218 y n. 2, observa, a propósito de nuestro texto, que *praestare* es el término comunmente usado por los juristas para referirse a la ejecución de un legado o un fideicomiso.

8. Cfr. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon* p. 625.

9. Vid. BREONE, *La nozione romana di usufrutto* I (Nápoles, 1962) p. 96 n. 30, que aduce D.7,1,50 como ejemplo de usufructo en una cuota.

10. Sobre el final del texto: *non alias ... quam*, observa SCHULZE, *Zum Sprachgebrauche der römischen Juristen*, en *SZ.* 1891-92 p. 106, que la construcción más frecuentemente usada es *non alias ... quam si*, y que, tal como aparece en nuestro texto, sólo se encuentra cuatro veces en Escévola —aparte de D.7,1,50, en: D.33,2,32,5; 35,2,94; 40,7,40,7; dos veces en Ulpiano: D.10,2,8 pr. y 32,11,15; dos veces en Paulo: 36,1,37 y 44,4,14. Es más probable que en estos textos hubiera un enlace *quam si*, que *quam ut*, como pensaba MOMMSEN.

11. D'ORS, *Réplicas Panormitanas* IV. *Sobre la supuesta "condictio" sin "datio"*, en *IURA* 1974 p. 40 s. y n. 57, observa, a propósito de D.7,1,50 y 33,2,32,5, que *cogere fructus* quiere decir "recoger los frutos" y no suele distinguirse de la *perceptio*; suelen distinguirse, en cambio, las fases sucesivas de *cogere* (recoger) y *conservare* (guardar), lo que prueba que la *coactio* no es una transformación consuntiva, de ahí que no pueda establecerse una contraposición entre *fructus percepti* y *fructus coacti*.

Este criterio de Escévola parece congruente con la misma naturaleza del usufructo, que surge, originariamente, como forma de favorecer de por vida a personas de la familia a las que, en cambio, no se quiere otorgar la facultad de disponer de los bienes, sino únicamente concederles el uso y el disfrute de unos medios económicos. El nudo propietario no puede obligar al usufructuario con actos, como el que nos ocupa, que suponen un gasto, ni con actos que impongan un gravamen al usufructuario, como, por ejemplo, la constitución de una servidumbre o la extinción de ésta (D.7,1,15,7); por eso carece de acción contra la usufructuaria. Pero es interesante observar que el gasto que se declara reembolsable debe haberse hecho precisamente antes de constituirse el usufructo. Esto debe explicarse así: entre el propietario y el (futuro) usufructuario no hay *communio*; si la hubiera cada uno de los partícipes en la *communio* debería contribuir a las impensas necesarias y esto se exigiría por la acción divisoria; no habiendo *communio*, no hay medio jurídico para exigir al usufructuario el abono de impensas hechas por el propietario; ni siquiera valdría para conseguir ese reembolso la *actio negotiorum gestorum contraria*, pues el propietario (lo mismo que el ya nudo propietario) no había hecho una gestión *in re aliena*, sino *in re propria*. Así, lo único que podía hacer el propietario para cobrar de la usufructuaria la contribución a aquel gasto necesario era retener el fundo objeto del fideicomiso, de manera análoga a cómo un poseedor vencido en la reivindicatoria puede retener (es decir, no restituir) si no se le abonan las impensas necesarias. Porque, una vez que ha constituido el usufructo, pierde la posibilidad de reclamar (por falta de *actio*) contra el usufructuario. La pieza procesal para conseguir el demandado el abono de impensas necesarias es la *exceptio doli*, pero en la acción del fideicomiso, de carácter *extra ordinem* y asimilada a los juicios de buena fe, no era necesaria la excepción¹², sino que podía exigirse el abono de impensas por ministerio del mismo juez.

Nardi¹³ propone una solución distinta que pasamos a considerar. Siguiendo a Beseler¹⁴, suprime el párrafo final *si prius ... haberetur* y considera que Escévola habría respondido *non debere*, aunque, como él mismo dice: «il dubbio che la ricostruzione non sia senz'altro arbi-

12. Según nos refiere CUYACIO, *Opera Omnia* vol. 7 col. 1372, ya Acursio pensó que no podría oponerse la *exceptio doli*. El mismo Cuyacio, *ibidem* col. 1373, pensaba que podría darse aquí la *condictio incerti* si se hubiera constituido el usufructo sin deducir los gastos (*quasi plus debito praestiterit*), pero esta *condictio* no parece probable, pues nuestro texto presupone que no hay acción posible para el reembolso de las impensas.

13. NARDI, *Studi sulla ritenzione in Diritto Romano I* (Milán, 1947) p. 136 ss.

14. BESELER, en *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen V* (Leipzig 1931) p. 21, considera el párrafo *si priusquam ... aedificasset* "eine überflüssige und ärgerlich ungenaue Tatbestandswiederholung".

traria non è da escludere». Para Nardi, se trata aquí, no de una retención sino de una *deductio*, pues piensa que Ticia, como usufructuaria de la mitad del fundo, tiene derecho a percibir la mitad de los frutos producidos, y, por ello, también a hacerse cargo de la mitad de las impensas. Esta explicación de Nardi, ciertamente inatacable desde el punto de vista de la lógica, tiene, sin embargo, un defecto fundamental que la invalida, y es que el texto dice expresamente que la reparación de la *villa* se llevó a cabo antes de constituirse el usufructo (*prius quam usum fructum praestaretur*), por lo que no puede hablarse de una *deductio* de los frutos para abonar las impensas, pues Ticia no es todavía partícipe en el disfrute común con Mevio, y no se plantea, por tanto, el tema de repartir los frutos, como pretende Nardi, sino que el texto, conservándolo en su tenor actual, se refiere a una *retentio*, por parte de Mevio, de la constitución del usufructo, como medio coactivo para obligar a Ticia a que abone las impensas necesarias, que sí podemos considerar serían de la mitad, pues, aunque el derecho de usufructo de una mitad pueda valer menos que el derecho del propietario (que no es temporal como aquél), la previsión de un futuro disfrute a medias podía justificar una contribución a medias en las impensas necesarias para tal disfrute común.

Nuestro texto, con la excepción de Nardi, ha atraído poco la atención de los romanistas, que, como hemos ido viendo, se han fijado preferentemente en cuestiones de detalle, para criticar alguna expresión, o analizar cuestiones formales¹⁵. Grosso¹⁶, en cambio, aunque brevemente, trata de explicar la peculiaridad de que el *dominus* retenga el usufructo, hasta que la usufructuaria le abone la mitad de los gastos realizados en la construcción de la *villa*, no sólo por la razón de que se trataba de un usufructo de la mitad, como pensó Elvers¹⁷, sino más bien porque «la elasticità del fedecommeso permette più facilmente di equilibrare l'interesse del *dominus*, come quello del fedecommissario di usufrutto». Esta explicación no acaba de satisfacer, pues no aclara de qué modo se podrían exigir las impensas.

En resumen, la razón en que se basa este *responsum* de Scaevola es que el propietario puede retener el usufructo de la mitad del fundo objeto del fideicomiso, como único modo de cobrar de la usufructuaria las impensas necesarias, que no deberán exigirse por la *exceptio doli*, sino que pueden hacerse valer, por ministerio del juez, en el curso de

15. A esta tendencia responde el comentario de ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest* (Cambridge, 1884) p. 217 ss., que se detiene en el análisis de algunas expresiones de D.7,1,50, sin entrar a fondo en la *ratio iuris* del texto.

16. GROSSO, *Usufrutto e figure afini nel Diritto Romano* (Turín, 1958) p. 167 n. 2.

17. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre* (Marburg, 1856) p. 507 ss. (cit. por Grosso).

la acción del fideicomiso. Si no hace uso de la retención y constituye el usufructo, se queda entonces sin medio de exigir nada.

El comentario de este *responsum* pone de manifiesto también la validez de un principio metodológico que creemos debe ser mantenido, a saber: que es necesario adoptar una actitud de independencia crítica al plantearse un determinado problema textual¹⁸; es decir, que hay que estudiar los textos directamente en las fuentes para poder criticarlos, y sólo después recurrir a las opiniones y censuras de otros autores que puedan haberse ocupado del mismo texto. En nuestro caso, como hemos visto, seguir de entrada los pasos de otros autores nos hubiera conducido a pasar por alto, una vez más, el verdadero sentido de este *responsum* de Escévola.

TERESA GIMÉNEZ-CANDELA

Departamento de Derecho Romano
Facultad de Derecho
Universidad de Valencia

5

18. A este respecto, vid. X. D'ORS, *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho Romano* (Santiago de Compostela, 1981) p. 69 s.

I V

NOTAS SOBRE LA PRACTICA JURIDICA GALLEGA EN EL SIGLO XVIII

I

En 1975, el Colegio de Abogados de La Coruña llevó a cabo la reedición del libro de Bernardo Herbella de Puga, *Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia*¹. En el breve escrito que precede al texto, Manuel Iglesias Corral, entonces decano del Colegio, lo califica de «preciadísima obra»²; justifica esta nueva edición y dice que su «presencia tiene importancia básica. Su interés y trascendencia aportan un valor incalculable, acaso no superado. Su contenido nutre y vivifica la vocación que nos posee irrefragablemente»³.

La tercera edición está realizada sobre la segunda de las dos que se llevaron a cabo en los años 1768 y 1844 respectivamente⁴.

1. HERBELLA DE PUGA, *Derecho Práctico y Estilos de la Real Audiencia de Galicia ilustrado con las citas de los autores más clásicos que lo comprueban* (La Coruña, 1975), 301 págs. Esta es, por orden cronológico, la segunda de las tres obras impresas que escribió este autor, que nació en Manzaneda de Trives (Orense) y murió en Betanzos (La Coruña) en 1819. La primera fue editada en Santiago de Compostela en 1764 y se titula: *Memorial ajustado de la causa pendiente en la Sala del Crimen de la Real Audiencia del Reino de Galicia sobre la violenta muerte de D. Benito Monzo Enríquez, padre del Marqués de Valladares contra D. Xavier Enríquez, Marqués de Valladares, Silvestre Bernárdez y otros presos*; la tercera, editada también en Santiago en 1777 lleva por título: *Discurso sobre la necesidad de que se establezcan corregimientos en Galicia*. Hay noticia también de una cuarta obra compuesta por dicho autor, que quedó manuscrita: *Genialogía analítica de los antiguos régulos de Galicia, de las personas grandes y nobleza de España, sus ilustres casas, señoríos, famosas acciones y timbres; en que se comprende la historia del Apóstol Santiago y demuestran varios momentos e inscripciones antiguas*. El autor quiso imprimirla y para ello solicitó la preceptiva licencia, pero la Academia de la Historia, donde se conserva el original, informó en 17 de abril de 1769 que «por las deformidades y anacronismos que se advertían en ella, no era digna de imprimirse y que el original debía recogerse por decoro de la nación» (A. COUCEIRO FREIJOMIL, *Diccionario Bio-Bibliográfico de Escritores*, 2, Santiago de Compostela, 1952, voz «Hervella de Puga», 222-223).

2. *Derecho Práctico*, 3.

3. *Derecho Práctico*, 3.

4. La primera edición se hizo en Santiago, ed. Ignacio Aguayo, 1768. La segunda, también en Santiago, en 1844 (ANTONIO PALAU Y DULCET, *Manual del Librero hispanoamericano*. Barcelona, 1953, núm. 113.194-113.195).

La obra responde a la moda de una época, que se inicia en el siglo XVI, en el que la finalidad práctica se exagera. Como pone de relieve Tomás y Valiente⁵, los juristas, obsesionados por conocer y dar a conocer la práctica, olvidan la labor creadora de dogmática jurídica, y se limitan en muchos casos a contar los usos existentes en tal o cual materia y preferentemente, la práctica forense o «*stylus curiae*», «*Practica est finis jurisprudentia*», afirmó Tiberio Deciano en polémica contra Alciato⁶. Lógica consecuencia de esta exageración es la falta de libertad creadora, el empobrecimiento de ideas y el escribir para informar de lo que se practicaba.

La práctica jurídica era un complemento de la formación universitaria. Los abogados la aprendían después de terminar sus estudios. Al salir de las aulas, el jurista conocía muy bien la teoría, centrada en el Derecho romano, pero no sabía lo que se practicaba en el foro o en el ejercicio de la abogacía. En la práctica —como pone de relieve Mariano Peset—⁷ el jurista conocerá algunas de sus soluciones, cuando, en las cátedras de *Instituta justiniana*, se advierten las concordancias y discrepancias con los textos romanos: «El abismo entre la teoría universitaria y la práctica, no se salva hasta el siglo XIX, hasta el descenso de los estudios de derecho clásico»⁸.

En este ambiente, comenzó a desarrollarse una serie de obras de carácter práctico, precisamente para facilitar esa formación complementaria.

No sólo a través de la lectura de obras prácticas los abogados adquirirán una formación integral. Esta se procuraba alcanzar sobre todo a través de las pasantías y de las academias de práctica. El paso por ellas se hacía necesario para entrar en la profesión. Según Peset, el origen de las pasantías está en la Ley segunda de Toro⁹; aunque, como él mismo manifiesta «lo que

5. F. TOMÁS VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*. (Madrid, 1981), 316.

6. Cit. TOMÁS VALIENTE, *Manual*, 316.

7. MARIANO PESET - J. LUIS PESET, *La Universidad Española en los siglos XVIII y XIX, Despotismo Ilustrado y Revolución Liberal* (Madrid, 1974), 287.

8. PESET, *La Universidad*, 287.

9. "Por ende, por la presente ordenamos y mandamos que dentro de un año siguiente y dende adelante, contado desde la data dellas nuestras Leyes todos los letrados que son o fueren, así del nuestro Consejo o oidores de las nuestras Audiencias y Alcaldes de nuestra Casa y Corte y Chancillerías do tienen o tuvieren otro cualquier cargo y administración de justicia, ansí en lo realengo, como en lo abadengo, como en las órdenes o behetrías, como en otro cualquier señorío de estos nuestros Reinos, no pueda usar de los dichos cargos de justicia, ni tenerlos sin que primeramente hayan pasado ordinariamente las dichas Leyes de ordenamientos y

ocurriese en los despachos de los abogados y cómo los pasantes iban aprendiendo el manejo de las leyes patrias carece de fuentes directas»¹⁰. Las pasantías se mantienen hasta 1807 en que desaparecen, para después revivir.

La práctica, se podría realizar también en las Academias de práctica, Corporaciones que se preocupan del Derecho en sus aspectos teóricos, y, sobre todo, prácticos. Surgen en el siglo XVIII para completar a las Universidades, que olvidan el Derecho real; son numerosas en Madrid y en Alcalá¹¹. También en Galicia existían dos Academias o Cónclaves con la misma finalidad, según informe del Colegio de Abogados de La Coruña¹², en donde era obligatoria la estancia durante tres años antes de comenzar el ejercicio de la abogacía.

Por lo que se refiere a los autores de esta literatura jurídica práctica, se aprecia cómo esta línea va decayendo en calidad. Se nota una creciente vulgarización. Muchas obras son escritas en castellano para lograr una mayor difusión. Poco a poco, los prácticos leen menos a los comentaristas clásicos, aunque los citan.

La inmensa mayoría y las mejores obras en este sentido son las del siglo XVI; en el XVII, la calidad decrece y la producción es mucho menor. Continúan apareciendo en el siglo XVIII e incluso a principios del XIX. De esta época avanzada, se pueden citar a Francisco Antonio de Elizondo, que en 1764 escribió su *Práctica universal forense de los tribunales de esta Corte, Reales Chancillerías de Valladolid y Granada y Audiencia de Sevilla, su origen...*¹³, de la que se hicieron en pocos años ocho ediciones, la última en 1796; a Alvarez Posadilla, quien escribió dos obras de esta clase: *Práctica criminal por principios o modo y forma de instruir procesos criminales*, con dos ediciones en 1794 y 1796; y, *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas*¹⁴, de la que se hicieron ediciones en 1796, 1904, 1826 y 1833. a Vilanova y Mañés, que redactó una obra en cuatro volúmenes: *Materia criminal forense o tratado universal teórico y práctico de los*

pragmáticas, Partidas y Fuero Real" (*Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla*, publicadas por la Real Academia de la Historia, 7 vols. (Madrid, 1861-1903), 4, 199. Cit. por Mariano PESET, *La formación de los juristas en los siglos XVIII y XIX y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 62 (Madrid, 1971), 615-616.

10. PESET, *La formación*, 616.

11. PESET, *La formación*, 619.

12. El informe es mencionado en la Consulta a que luego me referiré. A. H. N. Consejos, Legajo 6.060, núm. 117, 14-15.

13. PALAU, 5, núms. 79.111 a 79.116

14. PALAU, 1, núms. 9.892, 9.893 a 96.

*delitos y delinquentes en género y especie, la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza*¹⁵, de la que se hicieron dos ediciones en 1807 y 1927; a Vizcaíno Pérez, que escribe su *Código y práctica criminal arreglado a las Leyes de España, que para dirección de los alcaldes y jueces ordinarios y escribanos se describió*¹⁶, del año 1797; el libro de Marcos Gutiérrez, *Práctica criminal de España*¹⁷, en tres volúmenes, del que se hicieron ediciones en 1804, 1806 y 1824.

Estas obras, respondían a la moda y eran muy utilizadas. Prueba de ello, es que casi todas fueron objeto de varias ediciones. La mayoría se referían a la práctica procesal penal.

A este género pertenece la obra de Herbella, libro de Derecho práctico para instruir en su ejercicio a los nuevos abogados; más en concreto, a los de la región gallega, pues como dice su autor en el prólogo: «soy el primero que definiendo en escrito las prácticas de la Audiencia de Galicia»¹⁸.

Este compendio de Derecho práctico está escrito en castellano, en estilo conciso y breve. Se inicia con un Proemio en el que refiere aquellos «Asuntos en que por caso de corte conoce la Real Audiencia de Galicia»¹⁹, y comprende quince capítulos. En lugar de un índice con una división por materias, se ofrece uno por orden alfabético. Cada capítulo va precedido de un sumario en el que se indica el contenido de cada uno.

Los dos primeros capítulos versan sobre la misma materia. El primero lleva por título «Sobre el Estilo»²⁰ y comprende veinte puntos, denominándose el segundo: «Del Estilo, y sobre alterarle con novedades»²¹. Su contenido hace referencia al orden y método de proceder en las actuaciones judiciales; también, al modo con que los tribunales entienden y aplican las leyes a ciertos casos. Al mismo tiempo, señala las prácticas y estilos de la Audiencia real del reino de Galicia.

Al final del capítulo segundo, y bajo el epígrafe de «Estilos y prácticas»²² Herbella elabora un informe acerca de la costumbre, en el que llega a la conclusión, basándose en fuentes clásicas (Digesto y Partidas) de que una serie de sentencias uniformes llega a constituir un uso, una jurisprudencia consuetudinaria que tiene fuerza de ley.

El primer proceso que contempla el *Libro* es el sumarísimo,

-
15. PALAU, núms. 365.704-5.
 16. PALAU, 27, núm. 372.314.
 17. PALAU, 8, núms. 151.266-7.
 18. *Derecho Práctico*, 7
 19. *Derecho Práctico*, 12-16
 20. *Derecho Práctico*, 17-21.
 21. *Derecho Práctico*, 22-25.
 22. *Derecho Práctico*, 26-28.

llamado Real Auto ordinario que es reglamentado en el capítulo tercero: «Sobre el real Auto ordinario que se practica en la real Audiencia de Galicia»²³. Lo desarrolla en treinta y un puntos y, en el primero, Herbella lo califica como «la mejor alhaja que tiene el Rey en su reino de Galicia»²⁴. Es un ejercicio cuasi posesorio, preparatorio del posesorio ordinario. Incluye también dos fórmulas: una sobre la forma de instar querrela intentando Real Auto ordinario y, otra, sobre la manera de promover contradicción al Real Auto ordinario²⁵.

El capítulo cuarto se titula «En que sigue el tratado de real Auto ordinario»²⁶. Indica los requisitos que han de confluír para que proceda, posesión y perturbación; v, examina los distintos supuestos en que se pueda deducir que ambos se dan. Incluye también una fórmula de «Petición para suplicar del real Auto ordinario y presentarse»²⁷.

Al juicio de amparo de posesión dedica dos capítulos: En el quinto «Sobre el Juicio de amparo de posesión ordinario»²⁸, introduce el autor varias fórmulas sobre: *Pedimento de amparo de posesión cuando se denegó o revocó el real auto ordinario*²⁹; pasos que hay que dar para *Sustanciación de todo juicio ordinario*³⁰; *Pedimento para prorrogación del término*³¹; *Alegato de entiéndase*³²; *Articulado de preguntas*³³; así como la redacción de la «*Sentencia de amparo de posesión*»³⁴.

El capítulo sexto desarrolla «Cuando la Audiencia Real puede conocer del Juicio de amparo de posesión entre Eclesiásticos y contra Eclesiástico»³⁵.

El capítulo séptimo, trata «Sobre Graciosa, o recobración de bienes vendidos en pública subastación»³⁶. La Graciosa es una equidad de que usa la Real Audiencia de Galicia en favor del deudor, para que recupere los bienes raíces, que se le hayan vendido en subasta, aportando el importe de la venta. La novedad de esta posibilidad en Galicia consiste en que así como en Castilla la costumbre introduce que el deudor dentro de los nueve días que

-
- 23. *Derecho Práctico*, 29-38.
 - 24. *Derecho Práctico*, 13,2, p. 31
 - 25. *Derecho Práctico*, 31-32.
 - 26. *Derecho Práctico*, 38-56.
 - 27. *Derecho Práctico*, 55
 - 28. *Derecho Práctico*, 56-70.
 - 29. *Derecho Práctico*, 59.
 - 30. *Derecho Práctico*, 60.
 - 31. *Derecho Práctico*, 61.
 - 32. *Derecho Práctico*, 61.
 - 33. *Derecho Práctico*, 61-62.
 - 34. *Derecho Práctico*, 69.
 - 35. *Derecho Práctico*, 70-77.
 - 36. *Derecho Práctico*, 77-90.

siguen al remate puede recobrar los raíces, en la región gallega por vía de equidad se extendió la costumbre notablemente más que en las otras provincias y reinos de España, pues se concede al deudor la posibilidad de recobrarlos dentro de los treinta años desde el remate. La razón de esta benevolencia estriba en la pobreza que en general aflige a la mayor parte de los habitantes de la región.

Se incluye también una fórmula sobre cómo llevar a cabo el *Pedimento de Graciosa*³⁷.

«De articulados e interrogatorios sobre articulados e interrogatorios y citación para probanzas» es el contenido del capítulo ocho³⁸.

Todo lo referente a *Partijas* es desarrollado en los tres capítulos siguientes. Versa el nueve: «Sobre misión en posesión de bienes de vínculo y mayorazgo y de los libres con partija»³⁹. Incluye además varias fórmulas sobre cómo realizar un: *Pedimento de Misión en posesión de un Vínculo y Mayorazgo, y sus bienes*⁴⁰; la *Contradicción*⁴¹ al mismo; un *Auto de misión en posesión insolidum*⁴², un *Pedimento de misión en posesión con partija*⁴³ y el *Auto de misión en posesión con partija*⁴⁴.

El objeto del capítulo diez es la «Práctica de partijas»⁴⁵. Contiene una fórmula sobre cómo se lleva a cabo el *Pedimento*⁴⁶.

El capítulo once se titula: «En que se sigue el tratado y derecho de Colación. Imputación y otros puntos de frutos y partija»⁴⁷. El capítulo doce expone: «Sobre Prorratio y repartija de pensiones enfiteúticas o forales»⁴⁸. Refiere las provisiones ordinarias de prorratios, de rentas o pensiones que se practican en la Real Audiencia de Galicia. Contiene fórmulas sobre *Pedimento de Prorratio*⁴⁹ y *Sentencia de prorratio en amparo de posesión*⁵⁰.

«De reivindicación, sobre demanda de reivindicación y prueba de dominio, identidad, pertenencias y anexiones»⁵¹ se titula el capítulo trece. Contiene una fórmula sobre cómo llevar a cabo

-
- 37. *Derecho Práctico*, 81.
 - 38. *Derecho Práctico*, 91-101.
 - 39. *Derecho Práctico*, 101-117.
 - 40. *Derecho Práctico*, 105.
 - 41. *Derecho Práctico*, 107.
 - 42. *Derecho Práctico*, 107.
 - 43. *Derecho Práctico*, 113.
 - 44. *Derecho Práctico*, 115.
 - 45. *Derecho Práctico*, 117-140.
 - 46. *Derecho Práctico*, 121.
 - 47. *Derecho Práctico*, 140-152.
 - 48. *Derecho Práctico*, 152-166.
 - 49. *Derecho Práctico*, 155.
 - 50. *Derecho Práctico*, 165.
 - 51. *Derecho Práctico*, 167-183.

una *Demanda*⁵² de reivindicación y otra sobre la forma en que se expide la *Sentencia condenatoria en este Juicio*⁵³.

Dado que lo que se reivindica es siempre una propiedad y ésta puede denominarse de diversas formas y éstas no significan lo mismo en las distintas regiones Herbella define el concepto de Coto, Quinta, Casal, Granja, Lugar y Pazo⁵⁴ porque: «Cada lengua tiene propios géneros de explicación, que parlados en otra, parecen oscuros, y aun absurdos»⁵⁵.

En el capítulo catorce refiere las «Provisiones ordinarias»⁵⁶ que se despachan en la Real Audiencia de Galicia. Incluye treinta y siete libelos en los que formula la sustanciación de todos ellos, entre ellos, *De Fianzas á residencia*⁵⁷; *Llamada de comunes*⁵⁸; *De hueco y residencia*⁵⁹; *Llamada de ruego*⁶⁰; *De retención de bulas*⁶¹.

El capítulo quince es un verdadero tratado «Sobre retracto por derecho de sangre»⁶² en el que estudia todo lo referente al mismo. Incluye varias fórmulas sobre la forma de proceder y una sobre cómo realizar la *sentencia de retracto*⁶³. Dado que la materia es controvertida, hace constantes alusiones a las leyes de fuero y reales que existen sobre retracto y en las que fundamenta sus alegaciones.

«Sobre demanda de restitución de dote»⁶⁴ versa el capítulo dieciséis. Introduce una fórmula de *Demanda dotal*⁶⁵, otra, sobre *Articulado de preguntas*⁶⁶, sobre la forma de sustanciar la *Sentencia en este juicio*⁶⁷.

El *Derecho Práctico* de Herbella responde al momento de vulgarización que en el siglo XVIII experimenta este género de literatura jurídica. Como signo externo de este proceso, basta señalar que el idioma de expresión utilizado es el castellano, lo que justifica el autor diciendo «para que sea común la inteligencia de la obra»⁶⁸. Y quizá no satisfecho del todo con la elección, dedica un párrafo muy extenso a justificarlo, que termina así: «Quiero más

52. *Derecho Práctico*, 171.

54. *Derecho Práctico*, c. 13, núms. 44 a 49, 177-179.

55. *Derecho Práctico*, c. 13, núms. 43, 177.

56. *Derecho Práctico*, 183-234.

57. *Derecho Práctico*, 192.

58. *Derecho Práctico*, 193.

59. *Derecho Práctico*, 194.

60. *Derecho Práctico*, 207.

61. *Derecho Práctico*, 208.

62. *Derecho Práctico*, 235-265.

63. *Derecho Práctico*, 257.

64. *Derecho Práctico*, 265-274.

66. *Derecho Práctico*, 266.

66. *Derecho Práctico*, 266.

67. *Derecho Práctico*, 273.

68. *Derecho Práctico*, 10.

con S. Agustín, que me reprendan los críticos, que dejar de ser entendido por todos»⁶⁹.

Quizá es desproporcionado el juicio de Iglesias del Corral al calificar de magistral esta obra. Pienso que es una de tantas que obedece a la moda de una época. Tiene el mérito de ser de notable valor práctico en la formación de los abogados, que podían encontrar en ella la sustanciación de distintos procesos civiles (a diferencia de la mayoría de las de este género que reflejan prácticas procesales penales).

No es obra completa, pues no refleja la práctica jurídica en su totalidad. Tampoco es original. El propio autor, en el «Prólogo al lector», reconoce simplemente haber dado «nuevo orden y estilo»⁷⁰ a lo que otros dijeron.

En efecto, al analizar el contenido de los distintos puntos que componen los capítulos de la obra, en todos a pie de página indica las fuentes de que ha ido tomando cada una de las disposiciones. En la mayoría de los casos, se trata de remisiones a fuentes doctrinales y así aparece el *Libro* ilustrado con citas de literatura jurídica y de los autores más clásicos que lo comprueban. A veces, las menos, las remisiones lo son a fuentes legales, sobre todo a las Ordenanzas de la Real Audiencia de Galicia y a las Leyes de Corregidores.

Así como los puntos en que expone la sustanciación de procesos y todo lo que se refiere a la práctica judicial que contempla, los remite a citas de otros autores, no ocurre lo mismo con las fórmulas, en las que, a manera de ejemplo, refiere la forma de llevar a cabo alguna parte del proceso. En ninguna de ellas alude ni a literatura jurídica ni a fuentes legales. Es posible que este formulario, sea lo único original suyo.

Por otra parte, queda la duda de si los autores que cita los ha manejado. Es probable que no. Quizá tuvo a la vista otra obra a la que siguió. Al decir esto pienso, como probable, en una del siglo XVII, de Manuel Fernández de Ayala Aulestia, de la que se hicieron dos ediciones: la primera, en Valladolid, el año 1667 y con el título de *Práctica y formulario de la Chancillería de Valladolid*⁷¹. La segunda, en Zaragoza, el año 1733, *Práctica y formulario de la Real Chancillería de Valladolid. Reimpresa con methodo más*

69. *Derecho Práctico*, 10.

70. Dice Herbella textualmente: "Quien se detenga a mirarme en este libro, todo lo hará mío, quien lea las remisiones, apenas dirá que discurro. En el Libro parecerá todo mío, porque lo que discurrieron muchos lo aplico à mi intento con igual, ó nuevo orden y estilo. Del rocío de varias flores forma la abeja el panal. El fruto de leer es emular lo que en los autores más place, y convertir en propio uso lo que en ellos más se admira" (*Derecho Práctico*, 9).

71. PALAU, núm. 88.072, cit. por TOMÁS VALIENTE, *Manual*, 316.

*claro y enmendada de muchos yerros ... con una breve y clara instrucción del modo de proceder en causas criminales*⁷².

Entiendo, y en esto coincido con Ramón Tojo Pérez⁷³ que el mayor mérito de la obra de Herbella, es la que él mismo destaca: el ser una exposición del Derecho procesal usado en Galicia hasta el primer tercio del siglo pasado.

II

El libro del Licenciado Bernardo Herbella de Puga, sin duda no hubiera tenido más importancia que el tratarse de una obra de Derecho práctico, de singular interés para Galicia.

Pero, la denuncia de que fue objeto en 1803 trajo consigo la apertura de un expediente⁷⁴ que le dio mayor popularidad que la que cabría esperar de un simple compendio de fórmulas procesales.

El 23 de septiembre de 1803, Ramón Calvo de Rozas, que había sido Alcalde Mayor del Crimen de la Real Audiencia de Galicia dirige una representación al Rey con un ejemplar de la obra de Herbella y manifiesta que: «contenía varias especies y máximas dignas de corrección»⁷⁵ y pide a S. M. «se sirviese tomar las providencias oportunas para evitar los perniciosos efectos que podían producir»⁷⁶.

La denuncia sigue una tramitación complicada y muy interesante puesto que a través de ella se puede reconstruir la vida jurídica de Galicia, al tiempo que deja traslucir el pensamiento político de la época. Recibida en el Consejo de Castilla, la obra es remitida a la Audiencia de Galicia con una copia de la representación de Calvo, para que informe. La Audiencia pide a su vez dictamen al Colegio de Abogados de La Coruña, que hace una argumentación minuciosa. A la vista del dictamen, los fiscales de la Audiencia elaboran un informe, que pasan al Consejo de Castilla. Este emite sentencia y ordena la retirada de la circulación del *Derecho práctico*.

72. PALAU, núm. 88.473, cit. por SCHOLZ, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen* (Valladolid, 1978), 326.

73. TOJO PÉREZ, R., *El Libro de Herbella*, en "Boletín de la Real Academia Gallega", 378: "Debe estimarse de extremado mérito como exposición del derecho procesal usado en Galicia hasta el primer tercio del siglo pasado desde la fundación de su Audiencia; y en cuanto al Derecho civil vigente antes del Código civil, acrece grandemente su valía".

74. Aparece recogido en el Archivo Histórico Nacional, en la Sección de Consejos, constituyendo el núm. 117 del legajo 6.060. Comprende 69 folios.

75. A. H. N., Consejos, legajo 6.060, núm. 117, fol. 3.

76. A. H. N., Consejos, legajo 6.060, núm. 117, fol. 7.

La denuncia de Calvo de Rozas no afecta a la totalidad de la obra, sino a determinados capítulos, que iban, según él, en detrimento de la autoridad real. Son los siguientes:

Cap. 2, núm. 6, fol. 12: «Ni aún por decir que alguno de los estilos y prácticas de la Real Audiencia es contrario a las leyes, debe perbertirse, porque es constante que la ley humana establecida por Príncipes, publicada o notificada al Pueblo, necesita aceptación de parte de éste para que obligue a sus súbditos. Si el Pueblo no la acepta, no tiene fuerza de Ley, no se reputa ley y no produce efecto alguno de derecho».

De forma rotunda exige la aceptación popular para la aplicación de las leyes. En apoyo de esta opinión, decía también en el número 7 del mismo capítulo: «Y aunque sean leyes de la Nueva Recopilación, se dice lo mismo».

En el número 10⁷⁷ continuaba señalando varias leyes que en su sentir no estaban en uso. En el número siguiente, se explicaba en estos términos: «Comete delito de falsario el Abogado que citase ley no aceptada, y como tal debe ser penado. El juramento de observar las leyes no comprende a las que no están recibidas por el pueblo».

Proseguía en los números 12⁷⁸, 13⁷⁹ y 14⁸⁰ del capítulo 2 añadien-

77. *Derecho Práctico*, 2,10: "En España no están en uso las leyes 7, tít. 7, lib. 5, ley 9, p. 1, tít. 1, lib. 2, ley 2, tít. 20, lib. 6, ley 4 y s., usque ad 9, tít. 16, lib. 5, ley 12 del mismo tít. 2, ley 4, tít. 8, lib. 7 de la Nueva Recopilación.

78. *Derecho Práctico*, 2,12: "Sin que obsten las leyes primera y tercera, tít. 1, lib. 2, de las recopiladas, que disponen: *se falle según la Ley, aunque contra ella se alegue opuesta costumbre*; lo cual debe entenderse, cuando está aceptada por el uso y práctica del pueblo; porque habiéndose observado desde su establecimiento, no se puede abolir por moderno contrario uso; pero siempre que no se acepte, lo que se prueba por uso opuesto desde su principio, no tiene fuerza de Ley".

79. *Derecho Práctico*, 2,13: "Puede acontecer, que la ley universal no tenga congruencia, ó conveniencia con las costumbres, y circunstancias de todas las gentes, porque comprenda varias provincias ó reinos, que tengan sus oportunos connaturales diferentes modos de vivir en un punto de buen gobierno á que le sea contraria la ley; y si el legislador estuviera instruido de la inconveniencia de la práctica de la ley, como justo, no sería su voluntad establecerla ó que se observase en aquel reino ó provincia, á que no es acomodable".

80. *Derecho Práctico*, 2,14: "Por esta razón se dispone en la ley 1, tít. 14, lib. 4, de la Recopilación; que aunque los Reyes libren algunas Cartas, o Albalaes, siendo contra Derecho, Lei, o Fuero Usado, no valgan, ni sean cumplidas, aunque contengan, que se cumplan no embargante qualquiera Fuero, Lei, Ordenamiento, o otras qualesquiera Cláusulas derogatorias; con cuya ley concuerdan la segunda, tercera y décima del mismo título, y la undécima, tít. 4, lib. 2, porque no se presume, que el legislador quiera establecer una ley contraria a los fueros y estilos justos, y usados, y siéndolo los de la real Audiencia de Galicia muy acomodo-

do: «proposiciones demasiado reparables»⁸¹, y en los números 17 y 18 del capítulo 1.º asentaba: «Que el Juez que falle contra los estilos de la Audiencia se apropiaría el dicitario de iniquo, cometería notoria injusticia, haría propio el pleito ajeno y se sujetará a la merecida pena de transgresor de la ley».

Ramón Calvo afirma que con este libro y con tales máximas se sostenían las prácticas de la Audiencia de Galicia y dejaba de observarse lo establecido en las leyes «sin que el Magistrado que piense de otro modo, consiguiera mas que exponerse a la execración de cuantos tenían interés en que el desorden siguiese»⁸².

El informe que emite el Colegio de Abogados de La Coruña más que una valoración de la obra de Herbella, es un estudio de su aplicación, puesto que considera que lo que se le pide es demostrar si las máximas del autor han servido o no de instrucción para el ejercicio de la abogacía. Como ya dije, a través de este informe se puede reconstruir la vida jurídica a principios del siglo XIX en Galicia.

Los pasantes de Leyes acudían a formarse en una de las Academias prácticas, conocidas con el nombre de *Cónclaves*. Estaban presididas, gratuitamente, por uno de los abogados más antiguos, de entre los considerados como más eruditos. En ellas, completaban su formación teórica, a través del estudio de las leyes y de la doctrina; y práctica, a través de la sustanciación de procesos en los que los pasantes encarnaban a las dos partes en conflicto. lo llevaban a cabo, según expresa el informe, «con la formalidad que se usa en el Tribunal»⁸³ y para que de esta manera los pasantes adquieran «la verdadera elocuencia del Foro»⁸⁴. Estos cursos duraban tres años, pasados los cuales se les consideraba capacitados para entrar en el ejercicio de la abogacía.

En este período de formación, los pasantes utilizaban para sus prácticas fórmulas de libelos o minutas contenidas en manuscritos muy antiguos que contenían fórmulas de sustanciación de juicios y de toda clase de acciones y recursos. A este objeto, el libro de Herbella resultaba, a juicio del Colegio insuficiente para su instrucción, puesto que al estar en expectativa de continuación, resultaba parcial y contemplaba sólo determinados procesos⁸⁵

dados á las circunstancias del pais; aun quando haiga ley contraria, deben observarse sin limitación, porque son viva ley tolerada por los ministros del Rey que por dilatados años los guardaron, de que resulta también la tolerancia del Príncipe; y en este caso, por ellos debe juzgarse y decidirse, no por la ley contraria, aunque la ciencia del Príncipe sea en género, y no en especie”.

81. A. H. N. Consejos, Legajo 6.060, núm. 117, fol. 5.

82. A. H. N. Consejos, Legajo 6.060, núm. 117, fol. 5-6.

83. A. H. N. Consejos, Legajo 6.060, núm. 117, fol. 15.

84. A. H. N. Consejos, Legajo 6.060, núm. 117, fol. 15.

85. En efecto, su contenido abarca solamente una parte de la prác-

El Colegio trata de demostrar que la obra no tuvo aplicación práctica. Insiste en que sus letrados se han formado en obras clásicas, en concreto en las de Gonzalo Suárez de Paz⁸⁶ y en la *Curia Filípica*. Esta afirmación resulta fiable si tenemos además en cuenta que el Supremo Consejo de Castilla el 26 de noviembre de 1802⁸⁷ previene a las Universidades del Reino para que estudien por la *Curia* los Bachilleres en los últimos años que asisten a la Universidad antes de la pasantía.

Aunque esta Real Orden no ve la luz hasta el año 1802, es decir, treinta y cuatro años después de la de Herbella, pienso que esta disposición no hace más que plasmar lo que en la práctica se vivía; es decir, que la formación de los abogados se iba logrando a base de la lectura de obras clásicas, que en ningún caso contienen proposiciones subversivas de las fundamentales de la Monarquía.

No obstante, y pese a esta formación completamente ortodoxa que recibían los letrados, podía ocurrir que el imperio de la costumbre y la languidez de los magistrados hubiera dejado sin uso o hubiese introducido paulatinamente unos estilos opuestos a las leyes, y que por aquéllos se determinasen las causas. Esto suele suceder frecuentemente en el Foro, en la aplicación de las leyes a los casos prácticos, pues son pocos los letrados que tienen bastante

tica procesal que se extiende a los siguientes procesos: Por lo que se refiere al Derecho especial de Galicia: Real Auto ordinario o gallego, y el consiguiente de amparo de posesión; el prorrateo; el de demanda de gracia; las provisiones ordinarias que acostumbra despachar la Real Audiencia de Galicia y los que como casos de corte eran considerados por este tribunal en el momento en que fue realizada la obra. Gran parte de ella contiene: el juicio de misión en posesión, el de partijas, el de reivindicación y el de retracto por sangre, comunión y directo dominio y el de restitución de dote, que son juicios comunes a todos los Tribunales de España.

86. Seguramente se está refiriendo en concreto a la *Praxis ecclesiasticae et secularis, cum actionum formulis et actis processum Hispano Sermone compositis*, obra en tres volúmenes que fueron de gran utilidad en su tiempo. Ofrece los modelos de documentos en lengua castellana. Se editó por primera vez en 1583 y se hicieron reediciones en 1586, 1592, 1593, 1609, 1622, 1715, 1724, 1760, 1770, 1780 y 1790.

87. Novísima Recopilación 8,5,2, recoge una Real Orden de 5 de octubre, inserta en Circular del Consejo de 26 de noviembre de 1802: "Para que se consigan los fines que me propuse, quando en 29 de agosto último se prescribieron los años de estudios que deben preceder al recibimiento de Abogados, es muy conveniente arreglar el estudio de las Leyes del Reyno, á que deben dedicarse los profesores de Jurisprudencia, después del grado de Bachiller ... A este fin es mi voluntad ... que el catedrático menos antiguo explique por el mismo espacio de hora y media por otros dos años las leyes de Toro con más extensión, y baxo las reglas dichas, y al mismo tiempo la Curia Filípica, para instruirse en el orden de enjuiciar teniendo a la vista las demás obras que de esta clase se han escrito, para poder dirigir con acierto a sus discípulos...".

valor y resolución para atacar una opinión que ven autorizada con varias sentencias.

El Colegio sale al paso de esta posibilidad y argumenta que, de haber prevalecido en algún caso la costumbre frente a la Ley el Consejo habría adoptado alguna medida. En apoyo de esta proposición, señala dos ejemplos en que en efecto así sucedió. En concreto, las Reales Cédulas expedidas para que no se distribuyese, como se hacía, el quinto de las herencias por los eclesiásticos en sufragios, en contravención de lo dispuesto en la Ley de Toro cuya observancia se mandó restablecer, y las repetidas para que se observase el Real Auto Acordado, que prohíbe dejar mandas en los testamentos a los que confiesan *in articulo mortis*, ni a sus iglesias y parientes.

El Colegio añade una nueva argumentación en apoyo de su tesis: Si se analizan las fuentes que el mismo Herbella cita como inspiradoras de los capítulos en cuestión, se verá que se refiere a autores extranjeros. El autor del *Derecho práctico*, no ha sido más que un traductor de obras que hace muchísimos años «andan en manos de los jueces y letrados, se imprimieron con licencia y no se han prohibido por el gobierno»⁸⁸.

Es decir, todos los abogados tuvieron acceso a las obras de donde Herbella copió dichas máximas tenidas por peligrosas y pese a lo que en ellas se argumenta y defiende, los letrados de Galicia están vivamente penetrados del conocimiento de las reglas y derechos mayestáticos de sus soberanos. «Han estudiado, sostienen y defienden que al vasallo nada más le toca que saber si la ley u orden que se le intima, dimana de su Rey para obedecerla ciegamente, sin facultad para examinar ni entrar en los de su señor, a fin de saber las causas que le movieron a su promulgación. Conoce por lo mismo que no depende la eficacia de la ley de la aceptación de los vasallos, a quienes solamente permiten las del Reino sin perjuicio de la obediencia, representan lo que le parezca conveniente a S. M.»⁸⁹.

Tan convencido está el Colegio de lo que argumenta y del sometimiento de sus miembros a la voluntad real, que, la denuncia de Calvo, la considera como una grave ofensa al Cuerpo de letrados, puesto que si en sus bibliotecas tienen, además de los Códigos nacionales, las obras de los autores clásicos. «¿Por qué don Ramón Calvo había de creer que los abogados carecerían de estas obras o que no tenían en nada las máximas y luces que difunden sobre materias de regalía, y que solamente el Libro del Derecho Práctico era la fuente de su instrucción y de su práctica?»⁹⁰.

88. A. H. N. Consejos, Legajo 6060, núm. 117, fol. 32-33.

89. A. H. N. Consejos, Legajo 6060, núm. 117, fol. 33-34.

90. A. H. N. Consejos, Legajo 6060, núm. 6060, núm. 117, fol. 34.

A través de los datos que el Colegio suministra vemos cómo hay un momento de decadencia en la formación de juristas, que coincide con la supresión de los Cónclaves. La exigencia del paso por ellos para poder ejercer la abogacía, ha sido sustituida por la certificación de cualquier abogado de la Real Audiencia, de ciudad, villa o aldea, de haber asistido a su estudio a practicar la pasantía durante tres años. Indudablemente la información que de esta forma reciben, es mucho menor que la que se impartía en las mencionadas academias. A la vista de ello, el Colegio había solicitado en 1789 el restablecimiento de los Cónclaves. El Consejo de Castilla expidió una Real Provisión para que el Real Acuerdo informe y apruebe la constitución de las Academias que el Colegio solicita. Realizado el informe en 1791, quedó sin concluir.

Al mismo tiempo que evidencia no haberse acordado de tal Libro de Derecho práctico para la enseñanza de los pasantes, el Colegio manifiesta su satisfacción por la Real Orden de 14 de septiembre de 1802⁹¹ sobre los estudios de diez años que deben tener los abogados, y la precisa pasantía de dos años, con abogado de Chancillería o Audiencia. Hasta este momento no queda derogado el uso de que cualquier abogado del Reino con una certificación de pasantía, supiese tanto como era necesario para entrar en la profesión de abogado.

El informe elaborado por el Colegio de abogados de La Coruña, al tratar de poner de relieve la gran formación de los abogados en Galicia, expone lo que fue la vida jurídica de esa región en el siglo XIX y resalta las líneas maestras sobre la educación de letrados en España.

91. Novísima Recopilación 5,12,2, recoge una Real Orden de 29 de agosto, inserta en Circular del Consejo de 14 de septiembre de 1802: "Mando que ninguno pueda ser recibido de Abogado, sin que haga constar, que después del grado de Bachiller ha estudiado quatro años las leyes del Reyno, presentándose en las Universidades, en que hay Cátedras, de esta enseñanza, á lo menos dos, pudiendo emplear los otros dos en Derecho Canónico; y sin que después de estos estudios no acredite haber tenido por dos años, la pasantía con algún Abogado de Chancillería o Audiencia, asistiendo frecuentemente a las vistas, de los pleytos en los Tribunales; lo que certificarán los Regentes de ellos, a quienes avisarán los Abogados de los pasantes que reciban, para que les conste, y puedan celar y certificar su asistencia, a fin de evitar los fraudes que en esto se cometen continuamente ... Si el grado de Bachiller se recibiese con solo tres años por medio del examen a Claustro pleno, deberá ser la pasantía de tres, para que siempre se verifiquen los diez de estudio. Las Universidades, cuyos Licenciados tienen privilegio de ejercer la Abogacía, o han de completar en ellas los diez años de estudio, dedicándose los Legistas a dos de Derecho Canónico, sobre los ocho que en Leyes necesitan para recibir el grado, y los Canonistas de Derecho Real, sobre lo que se piden para su Licenciatura, o han de sujetarse a la pasantía prevenida; porque mi voluntad es no dispensar a nadie del término prefixado...".

Al demostrar la insuficiencia de la obra de Herbella para la formación de juristas, saca a la luz dos Reales Ordenes en las que se especifica de qué materias han de ser examinados. La primera de ellas, data de 12 de julio de 1770⁹², según la cual deben ser examinados especialmente en la práctica acerca de las acciones, demandas y recursos, método y forma de libelar e introducir uno y otro, contestar, deducir excepciones, dirigir y sustanciar toda clase de juicios, poner acusaciones en los criminales, y todo lo demás conducente a poder formar concepto de si se hallan instruidos en la práctica, de modo que puedan desempeñar la obligación del empleo. La segunda, de 15 de marzo de 1781⁹³ por la que el Consejo Supremo manda que en los exámenes de abogados se les pregunte particularmente sobre las leyes y capítulos de corregidores, y sobre lo que establecen para el gobierno y policía de sus pueblos. Por tanto, la obra del *Derecho práctico*, limitada a las materias dichas, no pudo, a juicio del Colegio, ser utilizada para la formación de sus juristas.

Después de haber informado el Colegio acerca de cuáles han sido y son en la profesión sus principios, su método de estudio y sus máximas, insiste como colofón en que: «No le ha servido la obra delatada de *epacta* como se le atribuyó⁹⁴, y que no hacen sus individuos más aprecio de ella que de otras de autores españoles, en cuanto sus doctrinas no se oponen a las leyes Reales, y sólo quando se trata de su inteligencia, o de puntos no expresados en ellas, según lo permite el Real Auto acordado del título de las leyes y se practica ante el Supremo Senado de la Nación como lo acreditan los informes en derecho que se imprimen»⁹⁵.

A los ojos de los fiscales de la Audiencia de Galicia, la actitud adoptada por Calvo de Rozas resulta incongruente: Por una parte, asegura no haber podido ver el *Libro* que delata en los cinco años, que fue alcalde; y, por otra, asegura haber impugnado con tesón y constancia sus proposiciones y máximas, grangeándose por ello sentimientos y disgustos. Esta, a juicio de los fiscales, es una postura «enteramente inconciliable»⁹⁶.

Resulta también difícil de creer por ellos que Calvo, que fue durante cinco años catedrático de la Universidad de Alcalá, no hubiese leído o tenido noticia de los autores de los que fueron copiadas las proposiciones delatadas. Se preguntan también los

92. A. H. N. Consejos, Legajo 6060, núm. 117, fol. 48.

93. A. H. N., Consejos, Legajo 6060, núm. 117, fol. 49.

94. En efecto, Rozas afirmaba que el Libro de Herbella era "la *epacta* por donde se instruye la mayor parte de los Letrados y Curiales de la Provincia de Santiago" (A. H. N., Consejos, Legajo 6060, núm. 117, fol. 7).

95. A. H. N., Consejos, Legajo 6060, núm. 117, fol. 50-51.

96. A. H. N., Consejos, Legajo 6060, núm. 117, fol. 53.

fiscales: ¿Por qué limitó su delación a sólo el autor del *Derecho práctico*, y no comprendió a los de quienes éste había copiado dichas proposiciones y máximas»⁹⁷.

Parece extraño que precisamente en el momento que, tras su jubilación está relevado de sus obligaciones, se le ocurra hacer la denuncia y no en el momento en que por el desempeño de sus cargos de alcalde, o de catedrático deberían ser mayores sus obligaciones de denunciar todo lo que entendiera ser ofensivo de la soberanía, en contravención de las leyes y del buen orden.

Continúan los fiscales diciendo que ya desde el principio, la argumentación de Rozas es confusa. Se detiene en explicar lo difícil que le resultó conseguir el *Libro*: Una vez que tuvo noticia de él, lo buscó en La Coruña a efectos de tomar algún partido, pero: «se había hecho raro y no se hallaba de venta en aquella ciudad»⁹⁸; llegó a la de Santiago, y un amigo «igualmente celoso del bien público, se lo había franqueado»⁹⁹. Es decir, deja muy claro que sólo el ansia del bien público que le mueve, le lleva a conseguirlo. Y, sin embargo, basa su impugnación en tratar de evitar los perniciosos efectos que podían producir estas máximas.

Si en realidad el *Derecho Práctico* era de uso común: ¿Cómo le resultó tan difícil el conseguirlo? Y si era un libro raro, no podía ser, como afirma, el de cabecera de todos los abogados.

A mi juicio, la postura de Ramón Calvo de Rozas, resulta muy sospechosa. Sin duda, conocía la obra de Herbella, aparte de por haber sido catedrático, por haber sido compañero suyo, como alcalde en la Audiencia de Galicia.

No me convence tampoco el informe del Colegio de Abogados, que pretende demostrar que los letrados gallegos no sólo no lo utilizaban, sino que no tenían noticia del mismo. Sin duda, lo manejaban. ¿Por qué no, si no contiene más que una serie de fórmulas procesales, siendo el objeto de muchas de ellas, instituciones gallegas? Prueba de que era un libro consultado, son las ediciones que se hicieron en 1768 y en 1844.

Por supuesto, no era el único que utilizaban, por la simple razón de que su contenido no agotaba ni mucho menos la totalidad de la práctica jurídica. El propio Herbella había manifestado su intención de completarlo.

Es probable que algún motivo personal moviese a Calvo de Rozas en su denuncia: O, alguna fricción con el autor del *Derecho Práctico*, o el interés de querer dejar claro el carácter absoluto de la Monarquía halagando a los gobernantes. ¿Quizá, la pretensión de un cargo público?

97. A. H. N., Consejos, Legajo 6060, núm. 117, fol. 54.

98. A. H. N., Consejos, Legajo 6060, núm. 117, fol. 6.

99. A. H. N., Consejos, Legajo 6060, núm. 117, fol. 6

El hecho de no delatar a los autores de los que copió Herbella, y sólo a éste, induce a pensar, como dije, que la razón fue quizá una cuestión personal.

Para comprender las causas que movieron al Consejo a mostrarse de forma tan tajante y sentenciar la retirada de la circulación del *Derecho Práctico* de Herbella, hay que recordar el ambiente absolutista de los tiempos de Godoy. Como pone de relieve Sarrailh¹⁰⁰, la minoría selecta española era en el siglo XVIII tan «regalista» como el Rey. Lo mismo ante los conflictos graves, que a propósito de toda manifestación de independencia del poder civil, deseoso de refrenar la autoridad religiosa, los espíritus ilustrados proclaman siempre la independencia del poder real.

Sin embargo, se producen también brotes en contrario, como es el caso que nos ocupa y otras que señala el propio Sarrailh¹⁰¹. El Consejo de Castilla, integrado por miembros «ilustrados» rechaza la aceptación popular como necesaria para la aplicación de las leyes.

La creación del cargo, tan incómodo, de censor regio, que recogen las Reales Cédulas del año 1770 y 1784 y que el Consejo incluye en el expediente de su sentencia, forma parte del proceso de sometimiento de las Universidades al control estatal y la imposición de unas limitaciones al poder de la Iglesia. Responde a una motivación política y es resultado directo de los principios regalistas, que cada vez imperaban más en los gobernantes. Su principal significado para las Universidades fue la limitación que suponía para su autonomía científica, la cual pasaba a depender de los intereses políticos del Estado.

La creación de estos censores estuvo directamente motivada, como pone de relieve Alvarez Morales¹⁰², por un incidente ocurrido en la Universidad de Valladolid el 30 de enero de 1770. El bachiller Ochoa defendió, en un acto «pro-Universitate», unas conclusiones sobre el tema «de clericorum exemptione a temporali servitio et saeculari jurisdictione», que fueron consideradas como opuestas a las regalías de la Corona. El Consejo pidió un informe al Colegio de Abogados de Madrid que, en su dictamen, propuso, entre otras cosas, cortar la excesiva libertad de la enseñanza universitaria. En el mismo sentido, informaron los fiscales del Con-

100. J. SARRAILH, *La España Ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII* (México, 1957), 591.

101. J. SARRAILH, *La España Ilustrada*, 591. Refiere varios casos similares: La tesis del bachiller Ochoa en 1770; y el escándalo "Normante" en Zaragoza en el año 1786.

102. A. ALVAREZ MORALES, *La "Ilustración" y la Reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII* (Madrid, 1971), 75.

sejo, por lo que éste ordenó expedir en 1770 una Provisión que creaba los censores regios en las Universidades ¹⁰³.

Años después, el Consejo volvió a ocuparse de los censores regios, para darles instrucciones y reglas concretas para el ejercicio de su cargo ¹⁰⁴, en las que se reiteraban las ideas que motiva-

103. Novísima Recopilación 8,5,3, que incluye una Real Provisión de 6 de septiembre de 1770 "Prohibimos que en lo sucesivo se promuevan, enseñen ni defiendan cuestiones contra la autoridad Real y Regalías en estos ni otros puntos; a cuyo fin la Universidad de Valladolid tendrá presente el contexto del informe del Colegio de Abogados de esta Corte, inserto para su inteligencia; y se anotará esta providencia con todas las diligencias de su ejecución en los libros de la Universidad, para que no se pueda alegar su ignorancia, ni haya la menor controversia ni omisión. Y para precaver que en las conclusiones y ejercicios literarios de ésta y de las demás Universidades de estos reynos se experimenten semejantes abusos, mandamos se nombre en cada una un Censor regio, que precisamente revea y examine todas las conclusiones, que se hubieren de defender en ellas, antes de imprimirse y repartirse; y no permita, que se defiendan ni enseñe doctrina alguna contraria a la autoridad y Regalías de la Corona, dando cuenta al nuestro Consejo de qualquiera contravención para su castigo, é inhabilitar a los contraventores para todo ascenso; para lo qual se le formará y remitirá instrucción. Declaramos, que en todas las Universidades, en que haya Chancillerías o Audiencias, han de ser Censores Regios los Fiscales de ellas; y en donde no haya Tribunal Superior, nombrará el nuestro Consejo el que estime por conveniente. Mandamos se añada en las fórmulas de juramento, que deben prestar todos los que se graduaren en cualquiera Facultad y Grado en las Universidades de estos reynos, la obligación de observar y no contravenir á lo resuelto en esta providencia, en quanto á no promover, defender ni enseñar directa ni indirectamente cuestiones contra la autoridad Real y Regalías en estos ni otros puntos. Y para la ejecución de todo también mandamos se libere esta nuestra provisión; y que se dirija a todas las Universidades para que la observen, y á las Chancillerías y Audiencias Reales para que velen sobre su cumplimiento."

104. Novísima Recopilación 8,5,4, que recoge la Real Provisión de 15 de mayo de 1784: 1. Cuidará el Censor regio de no aprobar conclusiones puramente reflexas, en que no verse la sólida y verdadera instrucción de la juventud. 2. No consentirá se defiendan *pro Universitate et Cathedra* las cuestiones y materias, que no sean conformes a la asignatura de la cátedra de que las presida, 3. Reprobará las que se opongán a las Regalías de S.M., Leyes del Reyno, derechos Nacionales, Concordatos y qualesquiera otros principios de nuestra Constitución civil y eclesiástica. 4. No permitirá se defiendan o enseñe doctrina alguna contraria a la autoridad y regalías de la Corona; dando cuenta al Consejo de qualquiera contravención para su castigo. 5. No admitirá conclusiones opuestas á las bulas Pontificias y Decretos Reales que tratan de la Inmaculada Concepción de Nuestra Señora. 6. No consentirá se sostenga disputa, cuestión ó doctrina favorable al tiranicidio, ni otras semejantes de Moral laxa y perniciosa. 7. Reeverá con particular cuidado las dedicatorias así en la substancia como en los dictados y ponderaciones; pues reduciéndose á imitar una carta, en que se dirigen las tesis al patrono que se elige por Mecenas, es cosa ridícula declinar en a'abanzas cansadas, y en adulaciones manifiestas; método muy contrario á la simplicidad filosófica de un

ron su creación. Llegó el celo del Consejo a indicarles que procuraran «que la latinidad de las conclusiones sea correcta y propia, sin anfibologías ni obscuridades misteriosas»¹⁰⁵.

Así, pues, los puntos en controversia, lo son precisamente porque chocan con la ideología firmemente asentada por el Despotismo Ilustrado. Por otra parte, según pone de manifiesto el Colegio de Abogados de Madrid en un informe elaborado en 1770, que es aludido por el de La Coruña, es decir, treinta y tres años antes que éste a que da lugar la obra de Herbella, se encuentran en muchos escritores las mismas proposiciones que las delatadas El Colegio de Madrid informa, a propósito de la tesis del bachiller Ochoa, que se «sostienen y prueban con no pocos escritores, que toda ley y providencia así eclesiástica como temporal, no obliga ni tiene fuerza sin la aceptación del pueblo»¹⁰⁶. Justifica su salida al paso de dicho opúsculo porque «nuestro celo verdaderamente español quisiera ver enmendada por la prudencia suma del Consejo. Nuestros principales defensores de la regalía, especialmente los que escribieron en el siglo antecedente para acudir al perjuicio de algunas Bulas y leyes eclesiásticas: Sientan y de propósito se empeñan en persuadir una conclusión que en orden a la jurisdicción eclesiástica nos parece muy cierta y oportuna, pero comprendiendo en sus escritos también a la jurisdicción y leyes temporales, la juzgamos nada segura para la tranquilidad del gobierno monárquico»¹⁰⁷.

Tanto la argumentación del Colegio de Madrid como la sentada por el de La Coruña no es sino una manifestación más de la ideología imperante. El de Madrid, después de explicar que los reves de España deben su imperio a Dios, insiste en que en el pueblo español reside la innata fidelidad para la obediencia y se pregunta: «¿Cómo se ha de exigir de los vasallos el cumplimiento dócil de las leyes, si ellos se creen capaces de quebrarlas en el acto libre de no admitirlas?»¹⁰⁸. Concluye afirmando que las leyes temporales obligan sin quedar pendientes de la aceptación popular, porque «en el pueblo no hay otro poder independiente y soberano, sino el del Príncipe, caben súplicas, representaciones, instancias, pero no resistencias»¹⁰⁹.

literato, que debe explicarse sin afectación y con naturalidad en términos decentes y concisos. 8. Ultimamente procurará el Censor, que la latinidad de las conclusiones sea correcta y propia, sin anfibología ni obscuridades misteriosas.

105. Novísima Recopilación 8,5,4 que recoge la Real Provisión de 25 de mayo de 1874, *in fine*.

106. A. H. N. Consejos, Legajo 6.060, núm. 117, fol. 40-41.

107. A. H. N. Consejos, Legajo 6.060, núm. 117, fol. 39-40

108. A. H. N. Consejos, Legajo 6.060, núm. 117, fol. 42.

109. A. H. N. Consejos, Legajo 6.060, núm. 117, fol. 43.

En base a este informe, se elabora una Real Provisión y se manda un ejemplar impreso a todas las Universidades mayores y menores del Reino. Rozas, por tanto, tenía que haberla visto y leído en los años en que ocupó la Cátedra de Alcalá, que fue mucho después de haberse comunicado dicha Real Provisión.

El Consejo califica de: «muy juicioso»¹¹⁰ el intento de D. Ramón Calvo y une al expediente las dos normas en defensa de las regalías: la Real Provisión de 6 de de septiembre de 1770, y la de 25 de mayo de 1784. Alega el Consejo que las disposiciones impugnadas por Calvo «eran ciertamente erróneas, perjudiciales y opuestas, tanto a las leyes fundamentales del Reino, regalías de V. M. y derechos nacionales, como a lo declarado y mandado con el debido conocimiento de causa en las Reales Provisiones de 70 y 84, cuyos ejemplares acompañaban a este expediente»¹¹¹.

Pese a que el Colegio de Abogados de La Coruña y la Audiencia de Galicia insisten en la escasa aplicación del *Libro* de Herbella, el Consejo, previo informe de sus fiscales, que demuestran una gran dureza, eleva consulta al Rey el 17 de julio de 1804 y pide en ella a S. M. «se sirva mandar, se recoja inmediatamente la otra titulada "Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia", publicada por D. Bernardo Herbella, y quantos exemplares de ella se hallasen a la venta, a cuyo fin se circule la orden conveniente: que verificado se corrijan y tilden desde luego las proposiciones justamente delatadas y que expresa D. Ramón Calvo de Rozas en su representación». En efecto, se expidió una Circular el 28 de septiembre de 1804 ordenando que fuera recogido el libro de Herbella¹¹².

110. A. H. N. Consejos, Legajo 6.060, núm. 117, fol. 62.

111. A. H. N., Consejos, Legajo 6.060, núm. 117, fol. 62-63.

112. SANTOS SÁNCHEZ, *Colección de todas las Pragmáticas, Cédulas, Provisiones, Circulares, Autos acordados, Bandos y otras Providencias publicadas en el actual Reynado del Señor Don Carlos IV* (Madrid, 1805), 4, 481-483; Circular de 28 de septiembre de 1804; Don Ramón Calvo de Rozas, Alcalde mayor del Crimen que fue de la Real Audiencia, dirigió una representación al Rey con un ejemplar de la obra titulada *Derecho práctico, y estilos de la Real Audiencia de Galicia*, publicada por don Bernardo de Herbella, é impresa en la ciudad de Santiago el año de 1768, manifestando que contenía varias especies y máximas dignas de corrección; y expresando señaladamente algunas, pidió que S.M. se sirviese tomar las providencias oportunas para evitar los perniciosos efectos que podían producir. Esta representación, y el ejemplar de la expresada obra, se remitió a consulta del Consejo con Real Orden de 23 de setiembre del año próximo; y habiéndolo examinado todo con la atención que requiere, tomando los informes que consideró oportunos, y oyendo a los tres Señores Fiscales, hizo presente a S.M. en consulta de 17 de julio último que las proposiciones señaladas por Don Ramón Calvo son ciertamente erróneas, perjudiciales y opuestas á las leyes fundamentales del Reyno, regalías de S.M. y derechos nacionales; proponiendo al mismo tiempo lo que estimó conveniente: y por Real resolución á dicha consulta,

Esta prohibición indica hasta qué punto va a degenerar la actitud recelosa. El libro no tenía sustantividad para esa medida. Es una obra para uso práctico de los abogados gallegos, y ni siquiera es una aportación original: El mismo Herbella indica las fuentes que han inspirado el contenido de cada una de sus disposiciones, y en concreto las que han suscitado la impugnación de Calvo de Rozas.

No deja de ser extraño que Herbella las incluyese; sin duda se debió a una moda, pues como pone de relieve el Colegio de Madrid en su informe del año 1770, muchos escritores manejan estas mismas ideas, que no son sino un claro precedente de la ideología que se aducirá cuando Napoleón invade España.

Por lo demás, la censura de Herbella tampoco es original y fue uno de tantos brotes de una nueva corriente ideológica que fueron acallados por el Consejo de Castilla.

EMMA MONTANOS FERRÍN

se ha servido mandar entre otras cosas, que se recojan inmediatamente los ejemplares que se hallen de venta de la expresada obra titulada *Derecho Práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia* para que verificados se corrijan y tilden dichas proposiciones, y las demás igualmente reparables que pueda haber en ellas. Publicada en el Consejo esta Real resolución ha acordado su cumplimiento, y que se comunique a V. como lo hago, para que en su inteligencia proceda á recoger y remitir por mi medio los ejemplares de la citada obra que se hallen de venta en las librerías y otros puestos públicos de esta capital y pueblos de su jurisdicción”.

V

VIVIANO Y LA CASTRATIO PUERORUM

(A propósito de D. 9. 2. 27, 28)

Son por todos conocidas las competencias que con el correr del tiempo llegaron a desempeñar los *aediles curules*, magistratura que, junto con otras, fue creada por las *leges Liciniae Sextiae* del año 367 a. C. Superada la etapa que les llevó a su fusión con los *aediles plebis*, en el Principado se presentan desarrollando las funciones de *curatores urbis annonae et ludorum solemnium*, teniendo también como misión la custodia de los archivos del Estado, *curatores tabularium*.

Pero, asimismo, parece que una de las competencias que les concernían era la de la vigilancia de las buenas costumbres, y a esta actividad creemos debe reconducirse el texto de Ulpiano 18 *ad edictum*, D. 9,2,27,28, que va a ser el centro de nuestro estudio: *Et si puerum quis castraverit et pretiosorum fecerit, Vivianus scribit cassare Aquiliam, sed iniuriarum erit agendum aut ex edicto aedilium aut in quadruplum*.

El supuesto recogido por Ulpiano contempla el hecho de que alguien hubiera castrado a un niño esclavo y con motivo de la castración hubiera aumentado el valor del mismo. Viviano, a quien cita Ulpiano, afirmaba que no era de aplicación la acción de la Ley Aquilia y que había que demandar por la acción de injurias o por el edicto de los ediles o *in quadruplum*¹

El Título 2.º de Digesto 9 aparece bajo la rúbrica *Ad legem Aquiliam*, lo que justifica la inclusión del texto en el mismo al referirse a un caso en el que se mencionaba para ser rechazada la acción que surge de esta ley.

La noticia que proporciona Ulpiano sugiere una serie de cuestiones en las que fijaremos nuestra atención.

I.—¿La vigilancia de las buenas costumbres era un cometido concreto de los ediles curules independiente y diferentes de aquellos otros señalados anteriormente? ¿Existió un edicto específico de *castratione puerorum*? ¿Qué intereses trataban de salvaguardar o proteger los edi-

1. En la versión castellana del Digesto de los profesores d'Ors, Hernández-Tejero, etc., I, Pamplona, 1968, se obvia el problema del segundo *aut* del texto traduciendo directamente: .. o el cuádruplo por el edicto de los ediles. Es, como veremos, una de las conciliaciones propuestas para el texto.

les curules con este edicto? ¿Contra quién iban dirigidas estas medidas edilicias?

II.—¿Qué sabemos del jurista Viviano al que se refiere Ulpiano apoyando los medios procesales que éste señala contra los autores de una *castratio pueri*?

III.—¿Qué comentario merecen estos medios procesales indicados por Ulpiano siguiendo la opinión de Viviano, tal y como aparecen expuestos en el Digesto?

I.—a) Tradicionalmente se ha considerado como una de las competencias de los ediles curules la *cura morum*. No faltan noticias en este sentido que aseguran que la vigilancia de las buenas costumbres, la tranquilidad en las tabernas, hosterías, lupanares y la represión de las prácticas contrarias a las tradiciones de los antepasados eran cometidos encomendados a esta magistratura. Tito Livio informa de cómo los ediles denunciaban ante el pueblo y sancionaban a usureros, violadores y mujeres de vida licenciosa². Otros datos inciden en este mismo sentido.

La mayoría de la doctrina ha venido considerando estas funciones integradas dentro de aquellas otras más generales de la *cura urbis* y la *cura annonae*³. No así Impallomeni, el cual considera la vigilancia de las buenas costumbres como una competencia específica y diferente de las anteriormente citadas⁴.

El tema está íntimamente relacionado con la segunda cuestión que nos planteábamos. b) ¿Existió un edicto específico *de castratione puerorum*?

Lenel consideró que este edicto era una manifestación del edicto *de mancipiis vendudis*⁵, mientras que Impallomeni sostiene su especificidad y que, por lo tanto, debe ser tratado con independencia⁶.

Formalmente no se diferencian ya que ambos aparecen divididos en dos partes, una primera en la que se hace referencia al *ius edicendi*

2. LIVIO, 7. 28, 9; 8. 22, 3; 10. 31, 9.

3. Entre otros, vid. MOMSEN, *Le Droit Publique Romaine. Manuel des Antiquités Romaines*, 4, Paris, 1894, págs. 194-219; DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, II, 2ª ed., Nápoles, 1973, págs. 237 y ss.

4. *L'editto degli Edili Curuli*, Padua, 1955, págs. 87, 122 y 123.

5. Así en Pal., II, col. 1.256 se omite en la relación de los edictos de los ediles curules. En *Das Edictum Perpetuum*, reimpr. 3ª ed. 1927, Scientia 1974, pág. 554.

6. Lo que no puede determinar IMPALLOMENI, op. cit., pág. 108, es la época de aparición del edicto *de castratione puerorum*, y deja como cuestión abierta el que fuera anterior o posterior al *de mancipiis vendudis*. En nota 14, pág. 89, rechaza la tesis de Lenel, sosteniendo que los fines perseguidos con el edicto sobre la castración son diferentes a los perseguidos por los edictos referentes a la venta de esclavos. El *de castratione puerorum*, al estar conectado con la tutela de las buenas costumbres, no supondrían ninguna compraventa. Las disposiciones sobre la c/v de esclavos están relacionados con la *cura annonae* y presuponen la conclusión de un contrato.

de los ediles combinado con su facultad normativa en materia de policía ciudadana, y una segunda parte en la que se prometería una acción penal o bien una acción que por lo menos originariamente debió ser penal⁷.

En el edicto *de mancipiis vendundis* el legitimado para ejercitar la acción prometida por los ediles era el comprador del esclavo afectado por los vicios o defectos señalados en el edicto. Evidentemente, como señala Impallomeni, a través de un particular, el comprador, los ediles conseguían la defensa de un interés general como era el buen orden en el tráfico mercantil.

En el edicto *de castratione puerorum*, por el contrario, parece que estaba legitimado para ejercitar los medios procesales prometidos cualquier ciudadano que pudiera demostrar que se había contravenido lo dispuesto en éste. La acción, por lo tanto, era, presumiblemente, popular.

Dejando de lado otros detalles que pueden asemejar o diferenciar ambos edictos, éste nos parece de cierta relevancia para responder a la primera cuestión planteada. Ciertamente las atribuciones encomendadas a los ediles curules en sus competencias de *cura urbis* y *cura annonae* eran amplísimas. Pero pensamos que las que afectaban a la vigilancia de las buenas costumbres pudieron llegar a formar una competencia diferenciada de ellas. Ambas pretenden la defensa de un interés general, pero mientras que en el edicto *de mancipiis vendundis*, incluido en la esfera de la *cura annonae* tiene que haber un interés particular lesionado directamente, en el *de castratione puerorum*, que incluiríamos en esa hipotética esfera diferenciada de la *cura morum*, el interés lesionado es el de la comunidad, y por ello cualquier ciudadano está legitimado para invocar su defensa.

En nuestra opinión, podría admitirse como hipótesis la existencia de un edicto *de castratione puerorum* diferenciado completamente del edicto *de mancipiis vendundis*. En la base de la distinción estarían, además de otras razones, los intereses dispares que con ellos se trataban de proteger.

c) ¿Cuáles eran los intereses que trataba de proteger el edicto *de castratione puerorum*?

Para nosotros este edicto es una manifestación más de la evolución que en el trato de los esclavos se produjo en Roma.

Desde el primitivo derecho de vida y muerte que los dueños tenían sobre sus esclavos⁸, de la consideración de los mismos como cosas,

7 IMPALLOMENI, op cit, págs. 123 y ss., estudia la evolución, teniendo presentes los edictos *de mancipiis vendundis* y *de castratione puerorum*, desde la originaria sanción administrativa que los ediles curules podían imponer en virtud de su *coercitio*, al ejercicio de auténticas facultades jurisdiccionales.

8. GAYO I, 52.

se fue avanzando paulatinamente llegándose a estimar que aunque efectivamente el esclavo era una cosa, tenía naturaleza humana, lo que hizo que se atenuaran las consecuencias que de su condición servil podían acarrear.

Es el mismo Gayo I, 53, quien después de reconocer las antiguas facultades dominicales, afirma: *sed hoc tempore neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire*, añadiendo que por una constitución de Antonino Pío no solamente se respondía por la muerte injustificada de un esclavo, ya fuera propio o ajeno, sino también por los malos tratos que el dueño infería al esclavo propio.

Tampoco puede olvidarse la influencia que las corrientes de pensamiento estóicas y cristianas tuvieron en los primeros siglos del Principado en la humanización del trato concedido al esclavo⁹.

Es lógico pensar que estos influjos se plasmaran en disposiciones varias tendentes a atemperar la condición del esclavo¹⁰, y que calarían también en los juristas que trataban y comentaban temas relacionados con la esclavitud¹¹.

Pero seguir con detalle la evolución que ha experimentado el trato social y jurídico del esclavo en Roma constituye una empresa ingente que desborda el tema enfocado, que se centra tan sólo en uno de sus aspectos: la castración de esclavos, su evolución desde práctica no reprimida a práctica perseguida y castigada.

La costumbre de castrar a los esclavos obedecía, según nuestras noticias, a que el esclavo emasculado era más apreciado, más valioso que el esclavo «ordinario»¹². Las razones de esta mayor valoración pueden atisbarse: Serían dedicados a menesteres (canto, trabajos pesados, etc.) en los que la emasculación suponía una ventaja.

El hecho cierto es que el esclavo castrado estaba equiparado en cuanto a su valor de mercado al esclavo dotado de algún conocimiento

9. Vid. SANTA CRUZ TELJEIRO, *Séneca y la esclavitud*, en AHDE XIV, 1942-3, págs. 612-620, especialmente págs. 617-620, en donde analiza el pensamiento de Séneca a este respecto cotejándole con las ideas cristianas. OLIS ROBLEDA, *Il diritti degli schiavi nell'antica Roma*, Roma, 1976, su capítulo dedicado a *La condizione giuridica dello schiavo*, págs. 68-102.

10. P. e., D. 1, 12, 1, 8 (ULP. *de off. praef. urb.*), en donde se admite la posibilidad de que los esclavos se quejen al *praefectus urbi* de los malos tratos recibidos por sus dueños.

11. Como muestra indicativa, ya que no todos los fragm. señalados hacen referencia a medidas de atenuación, vid. MORABITO, *Ricerche sulla schiavitù attraverso il discorso dei giuristi nel Digesto*, en Index 8, 1978-79, págs. 280-288, especialmente los cuadros de citas y juristas de las páginas 283-84.

12. Ya en el texto objeto de este trabajo aparece como fin de la castración *pretiosorum fecerit*. BUCKLAND, en *The Roman Law of slavery*, Cambridge 1908, reimpr. 1970, pág. 8, afirma que el precio de un esclavo variaba desde 10 *solidi* por un esclavo ordinario, hasta 70 por esclavos con conocimientos especiales o por un eunuco.

especial. Y hay que suponer que cuando comenzó a dulcificarse el trato a los esclavos existirían un sector de la sociedad romana al que repugnaría esta práctica. Otra cosa es que esta repugnancia no fuera motivo suficiente para que comerciantes de esclavos o dueños cesaran en manipulaciones que podían reportarles pingües beneficios.

De ahí que este rechazo de un sector de la sociedad, en relación con la evolución de las medidas protectoras del esclavo, se tradujera en disposiciones tendentes a erradicar estas actuaciones¹³. Y una de estas disposiciones sería, en nuestra opinión, el edicto *de castratione puerorum*.

d) ¿Contra quiénes iban dirigidas las medidas establecidas en el edicto del edil curul?

Pensamos que esa presumible acción popular prometida por los ediles sería ejercitable tanto contra el dueño del esclavo que efectúa la castración con intención de que aumente de valor con vistas a su venta, como contra quien, encargado por el dueño de vender el esclavo a un precio determinado (*aestimatum*), efectúa la castración para enriquecerse con el aumento de valor.

(13) En D. 48. 8. 6, (*Venuleius Saturninus, l. primo de officio proconsulis*) se refiere a un SC. probablemente de tiempos de Domiciano. MOMMSEN, en su *editio maior* II, nota 7, pág. 820, propone para este SC el año 83 p.C. Suetonio, Domiciano 7, afirma que *castrari mares vetuit*, castigando con la confiscación de la mitad de sus bienes al dueño que entregaba a su propio esclavo para que lo castraran. Pero las medidas de Domiciano no se detuvieron aquí. También por Suetonio, Domiciano 7, se sabe que *spadonum qui residui apud mangones erant, pretia moderatus est*, intentando, en nuestra opinión, con la medida de rebajar el precio de los espadones, evitar las castraciones de esclavos al reducir o eliminar las ventajas económicas que con ellos se obtenían. Vid. en este sentido, BUCKLAND, op. cit., pág. 37.

Estas medidas señaladas establecidas en época de Domiciano no debieron ser todo lo eficaces que se pretendía si atendemos a la información proporcionada por Ulpiano, *7 de officio proconsulis*, D. 48. 8. 4, 2, sobre un edicto de Adriano de especial dureza para los contraventores de la prohibición de realizar castraciones: *Idem divus Hadrianus rescripsit: constitutum quidem est, ne spadones fierent, eos autem, qui hoc crimine arguerentur, Corneliae legis poena teneri eorumque bona merito fisco meo vindicari debere.. nemo enim liberum servumve invitum sienteve castrare debet. at si quis adversus edictum meum fecerit, medico quidem, qui exciderit, capitale erit, item ipsi qui se sponte excidendum praebuit.*

Dentro de estas medidas represoras de la castración pensamos que podría incluirse el edicto *de castratione puerorum*, y otras medidas más de épocas posteriores que no señalamos por exceder de los límites cronológicos de este trabajo. Podemos decir, como conclusión, que la castración, tanto de personas libres como de esclavos, debió ser una práctica muy difícil de reprimir por más que los medios que se utilizaron contra ella fueron de gran dureza. De destacar es la Nov. 142 de Justiniano, que después de reconocer en su *praefatio* la poca eficacia de la legislación en esta materia, castiga en su cap. I, con la ley del Talión a los castradores, y si sobreviven, con la confiscación de sus bienes.

Pero si hemos admitido que el edicto *de castratione puerorum* es una manifestación de las facultades de *cura morum* de los ediles curules, diferenciadas en cierto modo de las de *cura urbis* y *annonae* y fundadas a este respecto en el interés de reprimir la castración, dulcificando el trato a los esclavos ¿no serían también de aplicación estas medidas al dueño que castra a su esclavo con la intención de hacerle más valioso, pero no para destinarle a la venta sino a servicios dentro de su propia casa? ¹⁴.

Es ésta una hipótesis no desdeñable. La represión de tales actos no tendría aquí su base en los motivos que dieron lugar a otros edictos edilicios, sino en algunas consideraciones que responderían a corrientes de pensamiento que estaban abriéndose camino en la sociedad romana del principado.

II.—La segunda cuestión que D. 9,2,27,28 nos sugiere es una cierta curiosidad por la personalidad del jurista Viviano a quien Ulpiano cita adhiriéndose a las medidas procesales por él señaladas contra el autor de una *castratio pueri*. Su biografía es prácticamente desconocida y otro tanto hay que afirmar, por desgracia, de su bibliografía.

Vivió, al parecer de la mayoría de los autores, en el transcurso del siglo I p. C. ¹⁵. Krüger le sitúa entre Casio y Octaviano ¹⁶, y Ienel, Ferrini y Kunkel suponen que todavía vivía bajo el imperio de Trajano ¹⁷. No se sabe con seguridad a qué escuela jurídica de las imperantes en su época estuvo adscrito, si es que llegó a pertenecer a alguna de ellas. Pomponio no le menciona en su conocido fragmento del *Enchiridium* (D. 1,2,1,53) entre los juristas de su tiempo, aunque es cierto que en esta parte se refiere fundamentalmente a las cabezas visibles de Sabinianos y Proculeyanos.

Esta incertidumbre en cuanto a su vida la podemos trasladar también a su obra.

A través de la *Collatio Legum* llega la noticia de una obra *ex Viviano* con una extensión de por lo menos seis libros, pero de la que

14. No podemos desconocer la noticia de GAYO I, 53: *sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coercetur..., ut si intolerabile videatur dominorum saevitia cogantur servos suos vendere*. En contra de la hipótesis que señalamos, *Basilicas*, ed. Heimbach, Lipsiae 1850, V, pág. 297, 60,3,27,28 (esc. 87), dice refiriéndose a *puerum: id est servum alienum contra domini voluntatem, eumque fecit*.

15. Vid. p. e., BONFANTE, *Storia del Diritto Romano*, I, reimpr. Milán 1959, pág. 416. DE FRANCISCI, *Storia del Diritto Romano*, II, 1, 2.ª ed. Milán 1938, pág. 484.

16. *Historia, Fuentes y Literatura del Derecho Romano*, Madrid s/f., pág. 146. Orestano, en NDI, XX, col. 1.034, también le sitúa con posterioridad a Casio.

17. Pal, II, cols. 1.225-26, *Vivianus (sub Traiano Imperatore?)*; col. 1.245, *Index chronologicus auctorum et librorum*. FERRINI, *Viviano, Opere* II, página 74. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952, pág. 146.

no se conoce el título¹⁸. Sobre ella volveremos más adelante. El resto de las noticias provienen de un número no despreciable de citas que de él hacen otros juristas. A través de ellas se ha formado la opinión común de que escribió libros de comentarios a los edictos del Pretor y del Edil Curul¹⁹.

Se refieren directamente a Viviano, Ulpiano²⁰, Paulo²¹ y Escévo-la²². A través de Ulpiano se puede deducir que también fue citado por Celso²³, y lo mismo sucede con Paulo respecto a Pomponio²⁴. Ferrini supuso con base en D. 21,1,3 que Gayo también le citaba en sus comentarios al Edicto Provincial²⁵. Esta afirmación nos sugiere que también Paulo, en el texto que dio lugar a D. 21,1,2, se refería igualmente a Viviano, con lo que habrá que contabilizar una cita más de este jurista²⁶.

Sea como fuere, debemos adherirnos a la opinión de que la labor fundamental de Viviano consistió en sus comentarios al edicto del Pretor y de los ediles curules. Las veintiséis veces que Ulpiano se refiere a él, directa o indirectamente, lo hace en sus obras de comentarios a los edictos de los pretores y de los ediles curules. De las tres veces que Paulo le cita directamente, dos corresponden a sus comentarios al Edicto, y si admitimos la referencia indirecta a la que antes aludíamos, ésta también procede de los comentarios al edicto de los ediles curules. Lo mismo sucede con la mención que se atribuye a Gayo.

Hay que reconocer además que, como señala Ferrini²⁷, las menciones que tenemos de las doctrinas de Viviano están relacionadas con muchísimos argumentos edictales, y así no es aventurado afirmar que

18. Coll., 12.7,8, *Item libro VI ex Vibiano relatum est.*

19. Además de los autores citados anteriormente, vid. entre otros, SCHULZ, *Roman Legal Science*, Oxford 1953, pág. 190. Mayer-Maly, en Paulys R. E., IX, 1, s/v *Vivianus*, cols. 496-97. Joers, en Paulys R. E., V, s/v. *Domitius*, col. 1.485.

20. 11 *ad ed.*, D. 4.2.14,5; 13 *ad ed.*, D. 4.8.21,11; 14 *ad ed.*, D. 4.9.1,6; 18 *ad ed.*, D. 9.2.27,24 y 28; 28 *ad ed.*, D. 19.5.17, pr., y D. 13.6.1,1; 1 *ad ed. aed.*, D. 21.1.1,9 y 10, D. h. t., 4, pr.-1, y D. h. t. 17,3,4 y 5; 81 *ad ed. aed.*, D. 39.2.24,9 y 10; 69 *ad ed.*, D. 43.16.1,41-45-46 y 47; 70 *ad ed.*, D. 43.19.1,6; y 71 *ad ed.*, D. 43.24.13,51.

21. 3 *ad l. Iul. et Pap.*, D. 4.6.35,9, 13 *ad ed.*, D. 4.9.4,2; y 29 *ad ed.*, D. 13.6.17,4.

22. 8 *quaest.*, D. 29.7.14, pr.

23. D. 4.8.21.11, Ulpiano 13 *ad ed.*, ... *ut Vivianus ait...: quam sententiam et Celsus libro secundo Digestorum probat.*

24. D. 13.6.17,4, Paulo 29 *ad ed.*, . *Vivianus scripsit: quod ita videri verum si separatae sint, Pomponius scripsit.*

25. Art. cit., pág. 71.

26. D. 21.1.1,11, Ulpiano 1 *ad ed. aed.*, *Idem dicit (Vivianus) etiam in his, qui praeter nodum timidi cupidi avarique sunt aut iracundi. D. h.t. 3, Gayo 1 ad ed. cur., vel proterbi, vel gibberosi vel curvi vel pruriginosi vel scabrosi item muti et surdi. ¿Por qué si se incluye a Gayo va a ser excluido Paulo?*

27. Art. cit., págs. 71-72.

sus obras, o parte importante de ellas, estaban dedicadas a interpretar y comentar el Edicto.

En cuanto a la calidad de la obra de Viviano, parece ligeramente contradictoria la opinión de Ferrini: «L'ópera di Viviano si distingueva, cioè, per una grande ricchezza di erudizione e per il molto calcolo in cui l'autore aveva tenuto la giurisprudenza e soprattutto i responsi dei giureconsulti principali»²⁸. Después de esta afirmación realza la importancia que los libros sobre *responsa* tuvieron en la época de Trajano, y que por ello no es de extrañar que un comentarista del Edicto utilizara *responsa* para ilustrar su obra. Señala la preferencia de Viviano por los *responsa* de Proculo, indicando que utilizó también los de otros jurisconsultos, ofreciendo una relación de textos.

Siguiendo en esta línea afirma que «l'opera, quindi, di Viviano fu cercata e letta piuttosto per i responsi in essa diligentemente raccolti e adottati che non per le idee proprie dell'autore, e s'intende benissimo come piu di sovente si citi Viviano per attestare quello che *refert*, che non quello che *dicit* o *scribit*»²⁹

Pero examinando minuciosamente las citas que se conservan de Viviano, podemos ofrecer una relación en las que *dicit* o *scribit* opiniones propias más numerosas que la presentada por Ferrini en la que *Vivianus refert* o *apud Vivianum relatum est*:

D. 4,2,14,5: *Sed rectissime Viviano videtur*. (En contra de otras opiniones, es alabado su parecer por Ulpiano).

D. 4,8,21,11: ... *ut Vivianus ait*... (Opinión que aprueba también Celso).

D. 9,2,27,24: *Vivianus scribit*...

28: *Vivianus scribit cessare Aquiliam*... (Texto objeto de nuestro comentario).

D. 13,6,17,4: ... *agi posse Vivianus scripsit*

D. 19,5,17, pr.: ... *et Vivianus ait posse*...³⁰

D. 21,1,1,9: *Apud Vivianum quaeritur...: et ait Vivianus*

10: *Idem Vivianus ait*...

11: *Idem (Vivianus) dicit*...

D. 21,1,17,5: *Idem Vivianus ait*...³¹

D. 39,2,24,10: *Idem Vivianus ait*...³²

D. 43,19,1,6: *Vivianus recte ait eum*...

28. Art. cit., pág. 72.

29. Art. cit., pág. 73.

30. Fragmento similar a D. 13.6.1,1: *Vivianus etiam habitationem commodari posse ait*, confirmando y matizando, no meramente adhiriéndose a la opinión de Casio.

31. Si bien en los §§ 3 y 4 refiere Viviano y relata Viviano una consulta a Próculo, en el § 5 parece exponer una opinión propia.

32. Como en el supuesto señalado en la nota anterior, en el § 9 Viviano refiere un caso, pero en el § 10 parece exponer una opinión propia.



Nos parece que son indicios suficientes para atribuir a Viviano una cierta originalidad en sus planteamientos, acompañada, eso sí, de una erudición y un conocimiento de la doctrina jurídica de su tiempo con los que en algunas ocasiones adorna sus escritos. Y aquí es donde encontramos ligeramente contradictorio a Ferrini, pues después de afirmar que la obra de Viviano era buscada y leída sobre todo por los materiales en ella contenidos, admite que muchas ideas de este jurista tuvieron mérito y autoridad y se difundieron en la jurisprudencia romana³³.

Por otra parte, y como argumenta Ferrini, no se puede deducir del hecho de que Scaevola cite a Viviano en sus *Quaestiones* que este último fuera autor también de una obra con ese título. La cita pudo muy bien ser extraída de sus comentarios al Edicto³⁴. Resultaría absurdo afirmar que cuando un jurista cita a otro en una obra sobre una materia determinada, el jurista citado tenga que ser autor de una obra sobre esa misma materia.

¿Qué se puede decir sobre la noticia proporcionada en la *Collatio* 12.7,8, *Item libro VI ex Viviano relatum est*?

Lenel situó el fragmento de la *Collatio* en su *Palingenesia* bajo la rúbrica *ex incerti operis*³⁵. Kruger, teniendo en cuenta otras indicaciones similares, creyó que podría tratarse de un comentario a la obra de Viviano o de una obra hecha según la de Viviano a cuyo autor no se menciona, pero no descartó que fuera un error de copista³⁶. Para Ferrini es difícil aclarar el sentido de la cita, pero se inclinó a admitir como probable que nos encontráramos ante un grave error del co-

33. Estamos de acuerdo con Ferrini en que este tema no depende solamente del estado actual de nuestras fuentes, en el que muchas citas se omiten o por amor de brevedad son fuertemente reducidas, sino también a la manera poco exacta con la que se expresan algunos juristas clásicos, especialmente los menos antiguos, que trabajaban ordinariamente con la ayuda de fuentes indirectas. Pero de ahí a deducir que porque en una cita de Ulpiano, D. 49.4,2, leamos *Vivianus dixit etiam*, y la opinión expuesta aparezca en otro texto, D. 4.9.1.6, como *apud Vivianum relatum est*, en todos, o en la mayor parte de los textos en que Viviano *dicit* o *scribit* suceda lo mismo, nos parece exagerado. Vid. FERRINI, *art. cit.*, págs 74 y 75. Ciertamente FERRINI, en págs. 75 y ss., pasa revista a la doctrina contenida en las citas de Viviano, tratando de buscar las ideas originales, las opiniones nuevas. ¿Pero hasta qué punto no se puede considerar original la matización o la ampliación a otros supuestos de la aplicación de doctrinas expuestas por otros? Si esto es originalidad, creemos se puede considerar a Viviano como un jurista con cierta vena creativa y no meramente compendiador o relator de ideas de los demás.

34. *Art. cit.*, págs. 73 y 74. Decía Ferrini, no sin razón, que debiéndose reconducir todas las demás citas a sus comentarios al Edicto, no sería lógico establecer para ésta una excepción.

35. *Pal.*, II, col. 1.225; en nota 1 supone que pueda ser una obra *ad edictum*, basándose, como hemos podido comprobar, en que *ad Edictum etiam cetera Viviani fragmenta omnia fere pertinere*.

36. *H.^a, Fuentes*, cit., pág. 146.

pista³⁷. Schulz, siguiendo a Joers, se limita a afirmar la existencia durante el siglo II p. C. de un epítome *ex Viviano*, que sería recordado por esa única cita en el comentario de Ulpiano al Edicto³⁸.

Puede ser el expuesto un resumen de la cuestión, en el que la duda, como en otros aspectos de la vida y la obra de Viviano, es la única conclusión aceptable.

¿La cita de la *Collatio* se refiere a una obra de Viviano con una extensión de por lo menos seis *libri*? ¿Indica la existencia de un epítome o resumen de su labor que circula durante el s. II p. C.? Ferrini, que estudió la obra de Viviano con cierta profundidad, concluyó que ésta no pudo ser breve dada la minuciosidad con la que desarrollaba sus argumentaciones y las múltiples citas que aducía en las principales controversias. Por ello consideró que si realmente en la *Collatio* pudiera leerse *libro VI apud Vibianum*, tal mención sería un indicio de la magnitud de su comentario al Edicto³⁹.

En nuestra opinión, la obra de Viviano debió alcanzar cierta importancia en su tiempo, aunque no llegara a descollar como jurista de primera fila. Esto, unido a que gran parte de sus opiniones y referencias estuvieran recogidas por Ulpiano y Paulo, pudo dar lugar a prescindir de la utilización directa de sus obras en el Digesto.

La posible existencia de un epítome *ex Viviano* creemos que no es sostenible basados solamente en la parca noticia de la *Collatio*. ¿Cómo no es mencionada más veces por Ulpiano en las múltiples citas que le dedica refiriéndose a los mismos o similares temas?

Por otra parte, si se hubiera tratado de una obra epitomada en época postclásica es más que probable que la reducción se hubiera hecho con finalidades prácticas y en ese caso las huellas dejadas en las fuentes a nuestra disposición no serían tan escasas.

Cabe considerar, pues, que este jurista de mediados del s. I p. C., cuya actividad pública, si es que la tuvo, nos es desconocida, y de no clara adscripción a ninguna de las dos escuelas jurídicas preponderantes en su tiempo, hubo de ser conocido por sus comentarios al edicto del pretor y de los ediles curules, aunque no tengamos constancia expresa de la denominación de ninguna de sus obras. Dotado de cierta erudición y de conocimientos sobre las doctrinas de sus antecesores y coetáneos, tampoco estaba exento de un cierto grado de originalidad en sus planteamientos y en sus interpretaciones de la labor reformadora de pretores y ediles curules. Sin duda esa erudición y originalidad le llevaron a ser citados por juristas posteriores como Celso. Pomponio,

37. Art. cit., nota 25, pág. 73. Hace notar que una línea más abajo la *Coll.* omite el nombre de *Proculus*, que es quien respondía, como se comprueba al comparar el texto de la *Coll.* con Ulpiano 18 *ad ed.*, D. 9.2.27,10, que recoge el mismo supuesto. La lectura correcta, en su opinión, es *Apud V. relatum est*.

38. *Roman Legal...*, cit., nota 10, pág. 190, y nota 11 pág. 214.

39. Art. cit., pág. 81.

Cervidio Scaevola y Gayo, del siglo II, y los destacados epígonos de la época clásica Paulo y Ulpiano.

Su especialización en temas edictales⁴⁰ llevaron sin duda a Ulpiano a incorporar su parecer en el punto de los medios procesales disponibles en el supuesto de la *castratio pueri*.

III.—¿Qué comentarios merecen estos medios procesales?

Recordemos que según el texto de Ulpiano, tal como nos ha llegado en el Digesto, se afirma:

- a) La inaplicabilidad de la acción de la Ley Aquilia.
- b) La posibilidad de demandar por la acción de injurias.
- c) La posibilidad de demandar por la acción ofrecida en el edicto de los ediles curules, o
- d) La posibilidad de demandar por el cuádruplo (*aut in quadruplum*), en una aseveración que llena de perplejidad y que ha sido considerada como error de copista por la mayoría de la doctrina.

Veamos con detalle cada uno de estos puntos:

- a) Inaplicabilidad de la acción de la Ley Aquilia.

Aunque realmente no es esta afirmación la que plantea problemas de interpretación, creemos que se deben dedicar algunas líneas a aclarar el porqué de la no aplicación aquí de la acción de la Ley Aquilia⁴¹.

La acción surgida de esta *Lex* se ejercitaba cuando alguien había cometido un delito de *damnum*⁴². Al sostener Viviano que en el caso de que alguien castrara a un niño esclavo para hacerle más valioso *cessare Aquiliam*, entendemos que para él no se producía un delito de esta clase. ¿Por qué?

El hecho expuesto en el texto, de constituir delito contemplado en la *Lex*, estaría incluido dentro de su capítulo III referido a los daños menores causados al propietario de una cosa por un tercero. En principio parece que salvo en el caso de que el autor de la castración fuera el propio dueño, el supuesto debería estar incluido. Pero todo depende de lo que deba entenderse por *damnum*, porque el *damnum* que persigue la *Lex Aquilia* es aquél que causa un perjuicio patrimonial al dueño de la cosa; no directamente el daño causado a la cosa, sino el perjuicio patrimonial inflingido a su propietario⁴³. Es un *damnum*,

40. El que no hayan llegado noticias de trabajos suyos sobre otras materias no es prueba concluyente de que su labor estuviera limitada exclusivamente a comentar el Edicto.

41. FERRINI, en art. cit., pág. 77, comentando D. 9.2.27,28, consideró tan evidente la inaplicabilidad de esta acción, que soslayó por completo el tema: «La parte difficile non sta di certo nella inammissibilità dell' *actio legis Aquiliae*; questa, anzi, è bene evidente», son todas las palabras que dedica a la cuestión.

42. No entramos en consideraciones sobre la situación anterior a la aparición de la *Lex Aquilia*, lo que ésta supuso con las disposiciones contenidas en sus tres capítulos, etc., por exceder obviamente de nuestro objetivo.

como dice Fuenteseca⁴⁴, concebido desde un punto de vista económico, jurídico interpretado como un perjuicio patrimonial, y no precisamente como lesión material de la cosa.

Cuando esta lesión material de la cosa, quemándola, rompiéndola, rasgándola, coincide con el perjuicio patrimonial irrogado al dueño de la misma, no hay duda de que es de aplicación la acción de la ley *Aquilia*. Pero este no es el caso que nos ocupa. Aquí la mutilación realizada en el esclavo no solamente no supone un deterioro, un perjuicio, sino que hace que la cosa, en este supuesto el esclavo, aumente de valor (*pretiosorum fecerit*), proporcione una ventaja patrimonial al dueño. Por ello es lógico que Viviano sostuviera la no aplicación de la acción.

b) Posibilidad de demandar por la *actio iniuriarum*

Otro de los medios procesales que el texto menciona es la *actio de iniuris aestimandis* o *actio iniuriarum aestimatoria* que tuvo su origen en el edicto del pretor⁴⁵, y que en la época que estudiamos tenía carácter penal e infamante⁴⁶.

Al admitir la posibilidad de ejercicio de esta acción, tanto Viviano como Ulpiano estimaron que en los hechos relatados podía contemplarse un delito de *iniuria* cometido a través del esclavo para ofender a su dueño.

La posibilidad de injuriar al dueño a través del esclavo estaba ya reconocida probablemente con bastante anterioridad a Viviano. Gayo III, 222, sostenía que el esclavo no padecía injuria, sino que con ocasión de él la padecía el dueño, y que se concedía la acción cuando alguien, por ejemplo, azotaba al esclavo de otro. También Ulpiano mantuvo con claridad que *si quis sic facit iniuriam servo, ut domino faceret, video dominum iniuriarum agere posse suo nomine...*⁴⁷.

El autor de la castración en este caso, es obvio, tiene que ser persona distinta del dueño, que realiza la misma sin conocimiento de éste, y con la intención de ofenderle, de ultrajarle.

¿Por qué se incluiría dentro del campo del delito de *iniuria* una conducta como ésta?

No debemos olvidar, ya lo advirtió Schulz⁴⁸, que los romanos fueron muy sensibles en todo aquello que afectaba a la difamación en sus

43 Vid. en este sentido, DAUBE, *On the use of the term damnum*, en *Studi Solazzi*, Nápoles 1948, págs. 98-100; SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, págs. 587-88.

44 *Derecho Privado Romano*, Madrid 1978, pág. 328

45. No vamos a detenernos en el origen y progresiva configuración de esta acción. Un profundo estudio sobre estos aspectos puede verse en MANFREDINI, *Contributi allo studio dell' Iniuria in età repubblicana*, Milán 1977, especialmente en su cap. IV, págs. 147-216, dedicado a la *actio iniuriarum*.

46. Vid. Gayo IV, 112 y 182.

47. D. 47.10.15,35, Ulp. 77 *ad ed.*

48. *Classical Roman...*, cit, pág. 595.

varias especies, lo que les hizo llegar a un concepto amplísimo de *iniuria*. Ante la imposibilidad de ejercitar la *actio legis Aquiliae* por las razones ya expuestas, no es extraño que se interpretara la conducta del castrador como injuriosa, lesiva de la imagen del *dominus*. Recordamos de nuevo el rechazo social hacia la castración y el demérito que podía suponer ser propietario de un esclavo que había sido castrado estando en su poder, y la intención de agraviar, de difamar al dueño que de esta manera podía conseguir el castrador. Consideraciones como la señalada y otras similares estarían en la base de la calificación de estas conductas como constitutivas de un delito de *iniuria*.

Legitimado para el ejercicio de la acción está el *dominus* del esclavo que sufre la castración con esa finalidad difamatoria por parte del autor. Pero pensamos que también estaría legitimado aquí el dueño que realiza un contrato de *aestimatum*, contra el *accipiens*, que, desconociéndolo el propietario, castra al esclavo para hacerle aumentar de valor. Independientemente del problema de la concurrencia con las acciones surgidas del contrato estimatorio, el propietario podría utilizar la *actio iniuriarum* por considerar vejatoria para su persona la conducta del *accipiens* que puede acarrearle la desconsideración social al involucrarle, sin su conocimiento, en la reprobada actividad de la castración⁴⁹.

La *actio iniuriarum* exigía, como es sabido, la existencia de dolo, de voluntariedad en el que realizaba la acción injuriosa. El castrador, consciente directa y voluntariamente en unos supuestos, e indirectamente en otros (caso del contrato estimatorio), despreciaba, ultrajaba al dueño del esclavo, y, presupuesta esta conducta, el dueño dispondría de la *actio iniuriarum*⁵⁰.

Hay que diferenciar aquí la voluntariedad, la intención de ofender al dueño, del aumento del valor patrimonial que el esclavo experimenta como consecuencia de la actividad injuriosa. La lesión inferida al esclavo contra la voluntad del dueño constituiría un delito de *damnum*

49. Nada habría que decir de la conducta similar del que interviene en un contrato estimatorio si el objeto del mismo fuera la venta de un animal. El dueño del animal efectuaría la tasación de lo que quería recibir por la venta. El *accipiens* manipularía el animal bajo su responsabilidad y el aumento de valor le compensaría el riesgo corrido al efectuar la castración. No debemos entrar en el problema de la responsabilidad del *accipiens* en el contrato estimatorio, punto de atención de muchos romanistas, pero que también excede del límite fijado a este comentario. Sobre el tema, vid. DE LA ROSA, *Contribución a la interpretación de D. 19 3.1,1 en relación con D. 19 5.17,1*, en *Estudios U. Alvarez*, Madrid 1978, págs. 405-413, especialmente nota bibliográfica sobre el contrato estimatorio en pág. 405. Pero aquí el objeto del *aestimatum* es un esclavo, y la castración se efectúa no en un animal, sino sobre una cosa a la que no se pudo negar su cualidad humana. Relacionando esto con la evolución del trato al esclavo y de la represión de la castración, no sorprende la concesión de la *actio iniuriarum*.

50. Cfr. SCHULZ, *Classical Roman...*, cit., pág. 597; BUCKLAND, op. cit., página 80.

si llevara aparejada un perjuicio patrimonial. Al no ser así, no se podrá ejercitar la acción de la ley *Aquilia*, pero sí la *actio iniuriarum*⁵¹.

Con el ejercicio de la acción, y en el supuesto de una *sententia* favorable, el *dominus* obtendría un resarcimiento económico de acuerdo con la *aestimatio* que la misma comportaba.

c) y d) La acción ofrecida por los ediles curules y la demanda al cuádruplo:

Es esta, en verdad, la parte más complicada en cuanto a los medios procesales que se ofrecen. ... *aut ex edicto aedilium (aut) in quadruplum*, es una lectura que parece no tener sentido.

¿A qué hace referencia *aut in quadruplum*? No ciertamente a la *actio iniuriarum* que como sabemos era estimatoria.

¿Puede admitirse que el segundo *aut* se debe a un error de transcripción del texto que hace incomprensible la lectura del mismo? Esta hipótesis es la comunmente aceptada partiendo de que en las *Basílicas*⁵² se relaciona directamente el *quadruplum* con el edicto de los ediles curules.

Impallomeni mantiene que la acción prometida en el edicto era de carácter penal, *in quadruplum*, y como otras muchas acciones *in quadruplum*, probablemente popular⁵³. Ferrini sostuvo también que esta acción *in quadruplum*, popular, emanaba de un edicto especial de los ediles curules *adversus eum qui puerum castraverit*⁵⁴.

51. Nos parece por ello muy radical SCHULZ, *Classical Roman*, cit., página 599, cuando critica duramente la relación de las lesiones corporales con los intereses inmateriales en el amparo ofrecido por la *actio iniuriarum*. Enlace artificioso, en su opinión, que produjo consecuencias fatales al impedir la adecuada protección del cuerpo de un hombre libre. Al ser la *actio iniuriarum* una *actio vindictam spirans*, afirma, fue eficaz en los casos de lesión de intereses inmateriales, pero al aplicarse también a las lesiones físicas, la consecuencia inevitable fue que si se causaba la muerte a un hombre libre, no ya una *iniuria*, sus herederos no podían promover la *actio iniuriarum*, ni siquiera cuando éstos fueran la mujer o los hijos del muerto. Pero pensamos nosotros que al ser perseguido siempre en Roma el homicidio de un hombre libre como delito público el acto no quedaba impune. Quizá nuestro supuesto sea demasiado específico, pero en casos como éste en los que se produce una alteración en la cosa que no lleva aparejada un perjuicio patrimonial, vemos que si no es por medio de la *actio iniuriarum* el dueño no tendría posibilidad de resarcimiento.

52. B. 60.3 27,28: ... *et edicto aedilium in quadruplum*. (και τῷ παραγγελμητι τῶν αγορανομῶν εἰς τὸ τετραπλῶν).

53. Op. cit., pág. 88. Sigue aquí Impallomeni la tesis de Pernice, *Labeo*, II, págs. 248 y ss., que encontraba en nuestro texto un argumento para su tesis de que en principio las acciones edilicias eran acciones penales cumpliendo una función suplementaria respecto a la *actio legis Aquiliae*. Pero Pernice, como manifiesta Ferrini en art. cit., pág. 77, de donde hemos tomado la referencia, no se pudo explicar el *quadruplum* y lo confesó abiertamente.

54. Art. cit., pág. 77. Para Ferrini aquellos magistrados que tenían como competencia la vigilancia del mercado de esclavos debieron tomar alguna medida contra una costumbre tan extendida y tan deplorable. Se adhiere

En nuestra opinión, se dan las condiciones en el texto para la admisión de esa acción popular *in quadruplum*. Hemos llegado a esta conclusión a pesar de que Fadda no se refirió a este supuesto en concreto como uno de los casos en que este tipo de acciones eran concedidas⁵⁵. Pero no se puede negar que la materia regulada por el edicto podía dar lugar a una acción popular ya que es similar a otras contempladas por Fadda que traían consigo la concesión de una acción de estas características.

¿Quiénes estaban legitimados para el ejercicio de esta acción popular?

En principio, dado el carácter de la acción, cualquier ciudadano que tuviera conocimiento de la realización de la castración. Si consideramos este edicto como una manifestación de las atribuciones de *cura morum* atribuidas a los ediles curules, el hecho perseguido es la castración de esclavos en sí misma y no la venta de esclavos castrados. Por ello, cualquier ciudadano que tuviera conocimiento de una *castratio pueri*, si en el transcurso del correspondiente proceso iniciado con el ejercicio de la acción popular lograba demostrar la realización de la conducta perseguida, resultaría un *quadrupletor* victorioso.

También estaría legitimado el dueño del esclavo que entregó a éste en virtud de un contrato estimatorio, contra el *accipiens* que realiza la castración sin su conocimiento, con intención de lucrarse. En estos supuestos el dueño dispondría de los siguientes medios procesales: Los surgidos del contrato estimatorio; la *actio iniuriarum aestimatoria*, pena! e infamante, si considera que con la conducta del *accipiens* ha resultado ultrajado en el sentido que ya hemos expuesto; la acción prometida en el edicto de los ediles curules, *in quadruplum*⁵⁶.

¿Qué cantidad servía de base para calcular el *quadruplum*?

No encontramos en las fuentes una respuesta concluyente. En las *Basílicas*⁵⁷ se sostiene que es el *quadruplum* del precio del esclavo, pero no aclara si este precio base es el de antes o el de después de

así a la tesis de Lenel, considerando el edicto *de castratione puerorum* dentro de la esfera del *de mancipus vendundis*.

55. Vid. *L'azione popolare*, reimpr. ed. Turín 1894, Roma 1972, págs. 18, 19, 20, 24, 32, 357 y 361

56. No podemos detenernos a considerar con la atención debida si estas diferentes acciones eran acumulables o estamos en presencia de una concurrencia electiva. SCHULZ, en *Classical Roman*, cit., págs. 597-98, siguiendo a LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen*, II, 1, Berlín 1922, págs. 182-194, defendió la acumulación en Derecho clásico de la *actio iniuriarum* y la *actio legis aquiliae* cuando ambas derivaban de una misma ofensa, poniendo en duda la existencia de juristas clásicos que abogaran por una concurrencia electiva. En D. 9.2.27,28, estamos también ante dos acciones que proceden de un mismo hecho y pensamos que el tratamiento para el caso de concurrencia entre la *actio iniuriarum* y la *actio in quadruplum* surgida del edicto del edil curul no sería muy diferente al de la concurrencia entre la *actio iniuriarum* y la *actio legis Aquiliae*.

57. B. 60.3 27,28 (esc. 93).

efectuada la emasculación. Impallomeni cree, sin embargo, más verosímil que sea el cuádruplo del aumento de valor que experimentó el esclavo, ya que así el acto inmoral de la esterilización resultaría castigado de un modo severo y eficaz⁵⁸. Ferrini nada dice al respecto⁵⁹. En nuestra opinión, es difícil tomar postura dado lo conciso de la noticia proporcionada por D. 9,2,27,28.

¿Contra quiénes se ejercitaría la acción al cuádruplo? Indudablemente contra ese *quis* que efectúa la castración del esclavo, que puede ser:

— El que castra al esclavo con la intención de ofender al dueño. (En este caso nos encontramos, si es el dueño el que va a ejercitar la acción popular, con una concurrencia de acciones entre la prometida en el edicto y la *actio iniuriarum*).

— Un intermediario (*accipiens*) en la venta del esclavo ligado al dueño por un contrato estimatorio. (La concurrencia en este caso se produce con las acciones surgidas del contrato estimatorio y la *actio iniuriarum*).

— El propio dueño que castra al esclavo con la intención de que aumente de valor y posteriormente venderle.

Si la acción era popular no se puede descartar esta posibilidad en contra de lo afirmado en *Basilicas* 60,3,27,28 (esc. 87), donde se considera que se trata siempre de un siervo ajeno castrado contra la voluntad de su dueño.

— Basándonos también en el carácter popular de la acción y en la finalidad que hemos admitido perseguía el edicto *de castratione puerorum*, nos atrevemos a lanzar la hipótesis del ejercicio de esta acción contra el dueño de un esclavo que le ha castrado sin la intención de venderle, sino para dedicarle a un servicio que cumpliría mejor de esta manera.

Somos conscientes de que es una cuestión muy discutible que acarrea no pocos problemas de interpretación, pero no vemos con claridad que se pueda rechazar completamente el supuesto.

La hipótesis que considera al segundo *aut* como un error de transcripción, a la que nos adherimos es, como dijimos, la comunmente aceptada, pero no es la única en cuanto a la interpretación del texto.

Defendió su genuinidad Karlowa⁶⁰, que estudiando el *edictum aedilicium* y las *actiones aedilicias* no consiguió imaginar cómo los ediles pudieron otorgar una acción *in quadruplum* y en qué lugar de su *album* hubieran podido establecerlas. Así, creyó en la genuinidad del segundo *aut*, y que el edicto mencionado en el texto era el *de mancipiis vendundis*, y la acción *ex edicto aedilium* la redhibitoria. La castración habría convertido al esclavo vendido en menos apto para

58. *Op. cit.*, pág. 88.

59. *Art. cit.*, pág. 77.

60. *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, pág. 1301.

los trabajos normales y utilizable sólo en trabajos más especializados. Y de aquí el interés del comprador en la redhibición.

Impallomeni se opone a esta interpretación⁶¹, y, en nuestra opinión, no vemos que en los hechos expuestos se den los supuestos necesarios para instar la redhibición, teniendo presentes todos los argumentos que hemos manifestado a lo largo de este comentario.

Solamente resta hacer referencia para concluir este trabajo a una curiosa lectura de D. 9,2,27,28, que aparece en los Glosadores. En Acursio encontramos: *Et si puer quis castraverit et pretiosore fecerit Jul.scribit cessare L. Aquilia: sed iniuriarum erit agendum aut ex Edicto Aedilium aut in quadruplum ex L. XII Tabularum*⁶². Pero ya en Azón estaba presente una tal lectura: *Et pro servo castrato iniuriarum erit agendum aut ex edicto aedilium, aut ex lege XII Tabularum in quadruplum*⁶³.

Pueden observarse diferencias con respecto a la lectura comunmente aceptada.

Una, sólo recogida por Acursio, ciertamente irrelevante y que muy bien puede ser debida a un error de transcripción en el manuscrito utilizado por el glosador, consiste en la sustitución de Viviano por Juliano.

Otra, de más importancia, es hacer derivar la *actio in quadruplem ex L. Tabularum*.

¿Aparecería así en el manuscrito que sirvió de base a Azón y posteriormente a Acursio? ¿Se sorprendería Azón de la redacción original del texto y al no poder explicarse la procedencia de esa *actio in quadruplum* la remitió a la ley de las XII Tablas?

Cualquiera de las dos posibilidades es aceptable, pero en todo caso no se consigue conciliar el texto. ¿A qué acción *in quadruplum* procedente de las XII Tablas puede hacerse referencia en el mismo? No encontramos en las noticias que disponemos de esta arcaica ley una respuesta satisfactoria, y así lo que parece haber sido una iniciativa de la Glosa queda sin el apoyo que hubiera sido de desear.

MANUEL ABELLÁN VELASCO
Profesor de Derecho Romano
Universidad Complutense

61. Vid. los argumentos expuestos en op. cit., nota 13, pág. 88.

62. Según la edición glosada De Tortis (1488). Reproducción facsímil en el *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, VII: *Accursi Glossa in Digestum Vetus*. Turín 1969.

63. *Summa Azonis*, Venetiis 1610, col. 229 (corresponde a la *Summa Codicis*, bajo la rúbrica *De lege Aquilia*).

BIBLIOGRAFIA

RECENSIONES

ACADEMIA PORTUGUESA DA HISTORIA, *Documentos Medievais Portugueses. Documentos Particulares*. Volumen IV, Tomo I, A.D. 1116-1123, Lisboa 1980. 245 × 330, XII-321 págs.

Este volumen, el IV de la gran serie de *Documentos Medievais Portugueses*, proyectada por la *Academia Portuguesa da Historia* en 1940, dentro de las *Publicações Comemorativas do duplo Centenário da Fundação e da Restauração de Portugal*, aparece como organizado por el académico de mérito Rui Pinto de Azevedo y el de número Avelino de Jesús da Costa.

Los *Documentos Medievais Portugueses* fueron proyectados y divididos en dos series diversas: una de *Documentos Particulares* y otra de *Documentos Régios*; en consecuencia, en 1940 se iniciaba la publicación de la serie por el volumen III de los *Documentos Particulares* (A.D. 1.101-1.115), que fue preparado y prologado por el académico Rui Pinto de Azevedo; en él se transcribían 526 documentos de los quince primeros años del siglo XII, con sus índices cronológico y cronológico-remisivo. En suplemento aparte se ofrecía el facsímil de 14 de los documentos originales.

Esta serie de *Documentos Particulares* se iniciaba por el volumen III, porque se concebía como continuación de los *Portugaliae Monumenta Historica*, serie *Diplomata et Chartae*, Lisboa 1867, que recogía los documentos particulares de los siglos VIII-XI, esto es, hasta el año 1100 inclusive; se concebía una nueva edición corregida y aumentada con unos trescientos diplomas omitidos en la primera edición y que daría los volúmenes I y II de *Documentos Particulares*.

Desgraciadamente esta actualización de los *Diplomata et Chartae* de los P. M. H. en los volúmenes I y II de los *Documentos Particulares* todavía no se ha visto realizada, y sería muy de desear, para poder contar comodamente con la primitiva documentación del condado portucalense, que este proyecto se plasmara muy pronto en páginas impresas.

Paralelamente a la publicación de los *Documentos Particulares* se iniciaba también la preparación de los *Documentos Regios*, y así en 1958 aparecería el volumen I, tomo I de los mismos con el texto de los documentos de los Condes Portugalenses y de D. Alfonso Enriquez (A. D. 1095-1185), con introducción diplomática y notas del ya citado Rui Pinto de Azevedo. El mismo

autor en 1962 publicaba el tomo II con los *Aditamentos, Fontes e Índices. Referencias a documentos perdidos y notas a los documentos del texto*, que completaba en 1965 con 48 reproducciones en facsímil del tomo I.

En 1963 iniciaba el Doctor Rui Pinto de Azevedo la preparación de este volumen, que sería el IV de los *Documentos Particulares* y que debía comprender los diplomas de los años 1116-1130; habiéndole sorprendido la muerte el 5 de octubre de 1976, se hizo cargo de continuar la obra el Doctor Avelino de Jesús da Costa, que para no retrasar la edición del volumen IV propuso dividirlo en dos partes o tomos.

El que ahora tenemos entre manos es el tomo I del volumen IV, que comprende los *Documentos Particulares* entre los años 1116 y 1123 inclusive; la parte debida en el mismo al Doctor Avelino de Jesús da Costa se limita, como él mismo nos indica, a la revisión de las últimas pruebas de los documentos 345-356 y a la revisión total y algunas notas de los documentos 357 a 390.

La gran edición de los *Documentos Particulares* portugueses fue proyectada inicialmente para comprender todos los diplomas hasta 1200, pero como este límite cronológico incluiría unos 6.000 documentos con una decena de volúmenes al menos, el mismo autor Rui Pinto de Azevedo decidió abreviar el límite cronológico al año 1130.

En el tomo II del volumen IV, que ha quedado pendiente se comprenderán los índices antroponímico, toponímico, cronológico-remisivo y de cartularios o procedencias de los diplomas editados en los volúmenes III y IV. Se unirá también un Suplemento con los documentos omitidos y otros datos así como el *Corrigenda* que proceda.

Hacemos votos para que este gran plan editorial de las fuentes diplomáticas portuguesas iniciado en algún modo hace ya más de un siglo en 1867 con los *Diplomata et Chartae del Portugaliae Monumenta Historica* se vea pronto completado.

A partir ya de 1130 la publicación cronológica de documentos será sustituida por la publicación monográfica de los diplomas de cada institución, precedida de un estudio histórico y del cartulario o diplomatario correspondiente.

La Serie de los *Documentos Regtos*, que comprendía en los volúmenes I y II los documentos de los condes portucalenses y de Alfonso Enríquez hasta 1185, ha sido ya continuada por los doctores Rui Pinto de Azevedo, Avelino de Jesús da Costa y Marcelino Rodríguez Pereira en su obra *Documentos de D. Sancho I (1174-1211)*. Vol. I. Coimbra 1979, de la que dimos ya cuenta en su día en nuestro ANUARIO.

Hemos querido ofrecer esta panorámica editorial de las fuentes diplomáticas portuguesas porque las juzgamos absolutamente imprescindibles para el estudio de las instituciones jurídicas de los siglos alto-medievales, especialmente en el reino leonés-castellano, en el que las tierras portuguesas estuvieron integradas hasta 1140.

Además, en un momento en que se han multiplicado en España las Facultades de Letras y de Derecho es muy conveniente, por no decir necesario, que todas estas fuentes figuren en sus bibliotecas.

Resulta asimismo urgente que los ya prestigiados estudiosos portugueses que tanto y tan bien han trabajado en la apertura de las fuentes medievales y en especial el admirado colega P. Avelino de Jesús da Costa no dilaten por más tiempo la actualización del *Portugaliae Monumenta Historica* en sus *Diplomata et Chartae* y nos ofrezcan la serie completa de los Documentos Particulares hasta 1100, con esos 300 diplomas omitidos en el siglo pasado.

En cuanto a la calidad científica del volumen que aquí reseñamos y aun de la doble serie de los *Documentos Medievais Portugueses*, la mejor garantía es el nombre de sus autores, los mejores paleógrafos portugueses, Rui Pinto de Azevedo y Avelino de Jesús da Costa, veteranos ya en esta clase de ediciones documentales, y no dudamos en calificarla como una de las ediciones diplomáticas más perfectas en su género, que reúne todos los requisitos y exigencias científicas que cabe demandar en esta clase de trabajos.

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, S. I

BARAUT, Cebrià: *Els documents dels anys 981-1010 de l'Arxiu Capitular de la Seu d'Urgell*, en «Urgellia» III (1980), págs. 7-116.

Prosigue en P. Baraut la publicación de los más antiguos documentos del archivo capitular urgelense, de cuyo inicio dábamos cuenta en el volumen anterior del ANUARIO (pág. 767-768). La presente entrega recoge 126 documentos con numeración continuada (188-314), correspondientes a los años 981-1010 (final del pontificado del obispo Sala), reservando la última serie (hasta 1035) para una próxima edición. Los documentos ahora ofrecidos son inéditos en su gran mayoría, pero el a. ha tenido el acierto, en esta ocasión de transcribir también íntegramente, los publicados en anteriores colecciones.

La presentación de este sector del diplomático urgelense ofrece las mismas características de la serie anterior, que ya expusimos oportunamente, y que huelga ahora reproducir. Podría insistirse tal vez, en el mayor relieve que acusan las figuras de los condes de Urgel, vizcondes de Urgel y de Conflent, el obispo Sala, con su continuada intervención, en actos jurídicos de diversa naturaleza al lado de los cuales, abundan también los de procedencia particular (donaciones, ventas, permutas). A destacar las actas de reconocimiento, tres judiciales, celebradas bajo la presidencia del vizconde de Conflent (203), del conde de Cerdeña, Oliba Cabreta (252), y del de Barcelona, Ramón Borrell (278), este último de notable interés procedimental, y en la que se acusa la latencia de la ley visigoda, citada, a su vez, con frecuencia en otras piezas documentales.

La diplomática sucesoria está representada por varios testamentos, adve-
raciones sacramentales, y donaciones manumisorias singulares en ejecución
de aquellas, algunas correspondientes a figuras condales como el de Borrell II
(232, 233), o de Ermengol (300), vizcondales (238, 281), y episcopales (Sala de
Urgel, 288, 314) en la forma corriente en la época.

Las donaciones piadosas «*propter remedium animae*», adoptan ya en su
gran mayoría la forma condicionada de reservar la posesión usufructuaria, en
favor del donante (269, 285), o extendida a un tercero (189, 244), a un hijo
sólo (242, 250, 289) o toda la posteridad en general, que es la modalidad más
corriente (226, 231, 253, 257, 261), pero siempre bajo la satisfacción de un
reducido censo de reconocimiento a la iglesia respectiva, salvo algún caso
en que se consigna la prestación de la *tasca*, lo que supone ya una relación
económica agraria.

En las transacciones más usuales (donaciones, ventas) se advierte la inter-
vención —activa o pasiva—, de los dos esposos (194, 217, 228, 234, 250, 277) y
alguna vez con los hijos (209, 215), y más raramente, de padre o madre solos
con hijos (193, 287). Más significativa es la actuación titular de dos o varios
grupos de matrimonios (222, 251, 280, 293), que no debe atribuirse sin más
a una comunidad familiar indivisa, pues en algún caso, manifiestan aquéllos,
al transmitir el alodio, tenerlo por compra (251), y en otro, resultan ser anti-
guos «*acaptatores*» del término, a quien el conde les cede la propiedad del
mismo, que este tenía también por derecho hereditario (290). Se resolvería,
seguramente, una situación derivada de la ocupación de tierras yermas, genera-
dora de derechos por ambas partes.

Una donación singular es la efectuada por el conde Ermengol, de unas
villas en favor de la sede urgelense, como satisfacción de la pena de quince
años que le fue impuesta por homicidio (249). De modo indirecto se aprecia
en el doc. 239, la mecánica ejecutoria de la *pignoratio*, en la venta de una
villa que efectúa el obispo Sala a favor de un particular, y que aquél tenía
por *carta pignorationis* del conde Borrell, sin que a pesar de los continuados
plazos de espera pudiera obtener la satisfacción de su crédito, vigente todavía
al morir el conde (239). También ofrece una singularidad, la referencia que
unos testigos judiciales, efectúan, como prueba de la legitimidad de posesión
del bien discutido, a una «*traditionem anuli*» del mismo a favor de una de
las partes (278).

Como en el libramiento anterior, un detallado índice onomástico y topo-
nómico, acompaña el estudio, y publicación de esta parte del diplomatario ur-
gelense que ansiamos verlo pronto concluido.

J. F. R.

BERTRÁN ROIGÉ, P.: *Catálogo del Archivo del Colegio de España*. (Studia Albornotiana 40; Bolonia, 1981). 552 págs.

El presente *Catálogo* describe los fondos existentes en el Archivo del Colegio de S. Clemente de los Españoles, de Bolonia. En el mismo local, se conservan actualmente otros dos fondos también muy importantes. Uno es el archivo personal del Cardenal Gil de Albornoz, cuya publicación, al menos parcial, está actualmente en curso, en el *Diplomatario Albornotiano* dirigido por el profesor E. Sáez. El otro fondo no es propiamente archivístico, sino que consiste en la biblioteca de códices manuscritos del mismo Colegio de España, de Bolonia, cuya catalogación está prácticamente concluida por una comisión presidida por el profesor D. Maffei (Univ. de Siena) y compuesta por los profesores E. Cortese (Univ. de Pisa), G. Rossi (Univ. de Bolonia), A. García y García (Univ. Pontificia de Salamanca), C. Piana (Univ. del S. Cuore, de Milán), A. Domingues de Sousa Costa (Pont. Ateneo Antoniano, de Roma), M. Ascheri (Univ. de Siena) y algunos otros colaboradores italianos.

En poco más de medio centenar de páginas, el autor de este libro traza una buena historia del Archivo que describe, ocupándose de sus orígenes, formación, desarrollo y composición de sus fondos. Llama la atención, ante todo, el hecho de que nos hallamos ante un fondo archivístico bien conservado. Incluso de las piezas que hoy no están en el Colegio, generalmente conocemos su paradero, como ocurre con los instrumentos relativos a propiedades que otrora fueron del Colegio, documentación que ahora se conserva en el Archivio di Stato de Bolonia. Del interés de toda esta documentación aquí descrita da idea el hecho de que por el Colegio pasaron, a lo largo de seis siglos, futuros cardenales, obispos, ministros, embajadores, y lo que es realmente más importante, allí se formaron distinguidas figuras que luego descollaron en los diversos saberes humanos, particularmente jurídicos. Todo esto aparece hoy día bien documentado, a base principalmente de este Archivo del Colegio de España, en la magna obra de Antonio Pérez Martín, *Proles Aegidiana* (Bolonia, 1979), en cuatro volúmenes.

Con muy buen acuerdo, el autor de este libro ha mantenido fundamentalmente el orden y sistemática que al Archivo se le impuso en el s. XVIII. Cambiarlo hubiese creado gran confusión, dado que se trata de un archivo que desde entonces fue varias veces consultado y citado en diferentes publicaciones. Pero sobre todo, ha sido mucho más accesible a los estudiosos a partir del rectorado del profesor Evelio Verdura y Tuells, que lo abrió con gran liberalidad y acierto a todos los investigadores interesados en ello.

La sistemática a que obedece la distribución del material en el Archivo obedece a tres grandes apartados: *Res patrimonii*, *Res gubernii* y *Res oeconomales*. Cada uno de estas partes se desdobra en otros títulos. Así, la primera se subdivide en *Instrumenta praediorum urbanorum*, *Instrumenta praediorum rusticorum* y *Documenta Collegii Vives*. La segunda, que interesa sin duda a

un mayor número de estudiosos, comprende muchos subtítulos, que se agrupan en cuatro categorías: A) *Constitutionum, privilegia, statuta et acta visitatorum, de iurisdictione rectoris*; B) *Gubernationum, libri decretorum, libri admissionum, libri consignationum, acta sodalium, acta Collegii, documenta sacelli Collegii, documenta sacelli Castenasu, variae res, miscellanea, miscellanea Veiasco-Herrera, de familiaribus seu patentatibus*; C) *Relationum, libri epistolarum, series epistolarum*, cartas comunes, cartas de cardenales, cartas de concejos, cabildos y universidades, cartas de monseñores, cartas especiales, correspondencia diplomática, protección y restablecimiento del Colegio; D) *Annalium, de rebus gestis*. La tercera parte se desdobra en *Libri rationum, libri páctorum sociorum, libri oeconomales Castenassii, libri conciliariorum, res oeconomi, series graphica*. La mayor parte de estos títulos se entiende suficientemente en virtud de su mismo enunciado. Pero aparecen descritos en detalle por el autor del presente libro.

En el cuerpo de la obra se describe sumaria, pero suficientemente el contenido de toda esta documentación. En apéndice hay reproducciones fotográficas de 13 piezas desde algún punto de vista más representativas, y una colección de 22 sellos de diferentes personajes e instituciones. Un buen índice onomástico y toponímico permite la rápida localización de cualquiera de los infinitos datos que en este *Catálogo* se contienen.

Sólo alabanzas merece el haber puesto al alcance los estudiosos este importante instrumento de trabajo, con la descripción de un importante corpus documental, hasta ahora poco conocido por los investigadores que todavía no tuvieron el placer de viajar a Bolonia y consultar *in situ* esta rica documentación.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum commentariis glossatorum, edidit Antonius GARCÍA Y GARCÍA (Monumenta iuris canonici. Series A: Corpus Glossatorum 2 Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1981), xii-518 págs.

Los concilios ecuménicos medievales presentan una indudable importancia interdisciplinar, de suerte que acaban interesando a casi todos los medievalistas. El IV Lateranense ocupa un lugar de honor entre los concilios ecuménicos del medievo, debido a su contenido, por el momento histórico cenital del pontificado romano y de la Iglesia en que se celebra, y por la vigencia plurisecular de sus disposiciones. Este elevado interés científico no ha sido suficiente como para atraer en la misma proporción la curiosidad de los estudiosos. Trátase realmente de un tema difícil. Las grandes ediciones conciliares, tipo Mansi, ed. Parisina, ed. Romana, Hardouin, etc., son para el medievo como grandes océanos a donde fluyen, cual ríos de turbio caudal, concilios y otros textos cuya pureza crítica es casi siempre muy escasa. Estos textos

poseen generalmente una tradición manuscrita muy complicada. Es un tipo de tarea que sólo puede abordar un gran maestro o un incipiente. El primero la esquivaba, porque sabe que se trata de unos textos enigmáticos como esfinges. El segundo no tarda en abandonar su propósito al entrar en contacto con las primeras dificultades. El resultado final está a la vista, puesto que carecíamos hasta ahora de la primera edición crítica de un concilio ecuménico medieval.

El presente libro constituye una honrosa excepción que viene a colmar en un sector importante la situación lacunar que acabamos de describir. Esta investigación fue emprendida por Antonio García y García, en los comienzos de su carrera científica, y la última con éxito en su etapa de madurez y de magisterio universalmente reconocidos. En este libro se contiene una edición crítica de las 71 constituciones del Concilio IV Lateranense de 1215, más la edición igualmente crítica de los comentarios que los canonistas dedicaron a estas constituciones en un lapso de tiempo que no llega a una década, a contar desde la fecha del Concilio. Estos comentarios fueron escritos por Juan Teutónico, Vicente Hispano, Dámaso Húngaro, un anónimo de Giessen y otro de París (que tal vez sea el mismo Vicente Hispano). Aunque los autores son de diferentes nacionalidades, el centro de gravedad de toda esta actividad comentarística es la universidad de Bolonia.

Para el texto conciliar, el editor utilizó 64 manuscritos, de los que eligió 20 para su edición. A base de esta veintena y del testimonio indirecto de códices perdidos que recogieron en su día las ediciones se realiza la presente edición, que es crítica para el período más antiguo de difusión del texto lateranense, y es sólo de trabajo para etapas posteriores en que el texto conciliar se plagaba de variantes introducidas arbitrariamente. Este doble criterio adoptado tal vez esté justificado, puesto que lo que se intenta ofrecer es el texto conciliar propiamente dicho, y no las adherencias que le sobrevienen con el correr del tiempo. Estas últimas tienen o pueden tener un valor, pero es en otra línea. Una importante conclusión que se sigue de este estudio es que hoy día desconocemos como tal el texto original del Concilio que fue leído en el aula conciliar de la Basílica de S. Salvador de Letrán, el 30 de nov. de 1215, en presencia del pontífice Inocencio III.

Curiosamente, las rúbricas del Concilio que aparecen en casi todas las ediciones, no se justifican ahora como originales del texto conciliar. Por ello se editan aparte en esta obra, a base de la totalidad de los códices existentes, configurados en cuatro familias o grupos. Toda esta rubricación es cronológicamente hablando de la misma época de los otros comentarios editados en este volumen. Dado que en estas rúbricas se trata de reflejar lo más saliente de cada constitución, puede decirse que constituyen en cierto modo un comentario más al Concilio, muy interesante desde el punto de vista de la inteligencia del texto por parte de sus contemporáneos.

De esta suerte, el texto de las constituciones lateranenses queda limpio de toda suerte de adherencias y tergiversaciones, como podrá comprobar quien

colacione este texto con cualquiera de las ediciones que le precedieron. Aunque, como dijimos anteriormente, no conocemos directamente el texto que se leyó en el Concilio, no cabe duda que el texto resultante de la colación de los mejores códices, que son copias todos ellos, permite llegar a un texto presumiblemente coincidente con el original.

La edición de las restantes piezas, que es rigurosamente crítica, se basa en la totalidad de la tradición manuscrita conocida para cada una de estas obras. Esta tradición manuscrita consta de cinco códices, más dos testigos indirectos, para Juan Teutónico; otros cinco, más un testigo indirecto, para Vicente Hispano, un códice para Dámaso Húngaro, otro para los *Casus Parisienses* y otro para los *Fuldenses*. Algunos de estos códices fueron localizados por el editor de este volumen. Pero la tradición manuscrita y la problemática de estas obras de comentario eran paradójicamente mejor conocidas que las del texto lateranense comentado. La investigación a fondo realizada sobre cada una de estas obras ha permitido al editor fijar toda una serie de cuestiones, como la del autor, fecha de composición, fuentes de inspiración, tradición manuscrita, impacto e influjo posterior de cada uno de estos comentarios. Todo esto aparece magistralmente expuesto en las introducciones, que aparecen redactadas en castellano, mientras que el texto editado está en latín, que es el idioma en que se escribió originariamente.

Hay cuatro índices finales que permiten una fácil y puntual localización del multiforme contenido de este volumen. Estos índices son los siguientes: índice alfabético de comienzos de cánones conciliares, localización de las constituciones lateranenses en la Compilación cuarta antigua y en las Decretales de Gregorio IX, índice alfabético de comienzos de obras latinas utilizadas en este volumen y que son inéditas en su mayor parte, tabla de casi un centenar de manuscritos que se estudian en este volumen, e índice alfabético de materias.

Esta edición, con sus correspondientes estudios, constituye un instrumento de trabajo de consulta obligada para todos los medievalistas que de una u otra forma necesiten consultar textos del Concilio IV Lateranense de 1215, que, como es sabido, ocupa un puesto muy central en el área del pensamiento y de las instituciones medievales. Por su inserción en el *Corpus Iuris Canonici*, la mayor parte de estos textos estuvieron en vigor hasta el Código de Derecho Canónico de 1918. La metodología utilizada en la presentación de los resultados de esta monografía, creo que abre en más de un aspecto nuevos derroteros, por lo que resulta una obra modélica para otras de la misma índole que en el futuro se puedan realizar.

HORACIO SANTIAGO-OTERO

GARCÍA ORO, J.: *La nobleza gallega en la baja Edad Media. Las casas nobles y sus relaciones estamentales* (Bibliófilos gallegos. Biblioteca de Galicia 19, Santiago de Compostela 1981). xxiv-418 págs.

La historiografía de los dos últimos decenios se ha fijado con creciente intensidad en la temática bajo-medieval. La historia político-social, caracterizada por su intensa conflictividad; los núcleos urbanos y rurales, en sus aspectos urbanísticos, demográficos y económicos; las instituciones civiles y eclesiásticas, sobre todo los monasterios y cabildos; los grupos sociales y sus peculiaridades estamentales y económicas, en especial la nobleza y los señoríos, son en estos momentos capítulos en trance de revisión, sobre los que aparece cada año nueva y específica bibliografía. El estudio del profesor García Oro que ahora presentamos se inscribe también en este esfuerzo de revisión y constituye un nuevo e interesante aporte dentro de un programa de investigaciones sobre la baja Edad Media gallega que el A. se ha trazado y del que ha podido adelantar ya otros estudios, reseñados oportunamente en AHDE 48 (1978) 700-701.

El hilo conductor de este estudio lo constituyen ocho casas nobles gallegas (Trastámara, Pimentel, Sarmiento, Andrade, Ulloa, Moscoso, Sotomayor y Lemos) por las que desfilan varios linajes desde la crisis dinástica que elevó al trono de Castilla a Enrique II. García Oro se ha preocupado preferentemente por las relaciones interestamentales y políticas de estos linajes. Ha podido comprobar que las casas nobles gallegas, sobre todo las más afortunadas que llegaron a conquistar el título condal a lo largo del inquieto siglo xv, tenían dos puntos de referencias necesarios: el arzobispado compostelano y la Corona. Del primero recibían por diversos títulos la parte mejor de sus rentas procedentes en gran cuantía de beneficios eclesiásticos y de aforamientos en condiciones especialmente favorables, amén de un nutrido lote de tierras y propiedades que administraban en calidad de *caballeros vasallos* de los arzobispos. En la Corte encontraron las únicas posibilidades de medro económico, cosechando «mercedes», sobre todo villas y tierras, sobre las que recibieron muy pronto títulos nobiliarios, y juro copiosos en las rentas reales.

Cada casa noble se fue forjando a lo largo del siglo xv su propio «estado», término que designa no sólo su señorío, sino también la red de intereses, parentescos, alianzas y preferencias que prevalecían en su actuación y en su estima. Sobre esta madeja de temas ha podido aportar el A. nueva y copiosa luz. Una gran mole documental consultada diligentemente en los grandes archivos españoles, en particular en Simancas, Archivo Histórico Nacional, Biblioteca Nacional, Academia de la Historia, y en los archivos de las casas nobles castellanas y andaluzas en las que se conservan hoy las piezas más significativas sobre la hidalguía gallega del siglo xv, sirve de sólido soporte a

esta obra de investigación Cierran la exposición siete apéndices en los que se ofrecen nóminas de hidalgos gallegos por áreas documentales y listas de tenentes y oficiales de la Corona en el reino gallego, a los que acompaña siempre la respectiva cita archivística y bibliográfica. Lamentablemente esta importante obra de investigación carece de unos índices que hubieran hecho posible su consulta exhaustiva.

Con esta buena monografía queda ilustrada una importante parcela de la historia estamental castellana, si bien habrá que reconocer con el A. que la tarea de esclarecimiento del tema está todavía en sus comienzos. Quedan fuera de la órbita del autor los señoríos gallegos eclesiásticos y seculares, sobre los cuales ofrece este libro muchas y valiosas noticias, que deberán ser completadas en una investigación sistemática que recorra retrospectivamente su evolución, partiendo de momentos en que la documentación pueda ofrecer información global y precisa sobre su volumen y estructura. Esperamos también un estudio sobre las hidalguías locales, sobre las cuales abundan las noticias dispersas, sobre todo en la documentación eclesiástica

Celebramos la aparición de este nuevo estudio del profesor García Oro y esperamos ver pronto en veste tipográfica su prometida *Colección Diplomática de la nobleza gallega*, que pondrá al servicio del investigador y del público culto un instrumento informativo de primer orden

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

GUZMÁN, Alejandro: *Ratio scripta* («Ius Commune», Sonderhefte 14, Klostermann, Frankfurt a.Main, 1981). 160 págs.

Aunque escrita en español, esta monografía aparece dentro de la serie de «Ius commune», publicada por el «Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte» que dirigía H. Coing. Tras una breve introducción general (págs. 1-3), la obra se divide en tres «partes»: respectivamente, sobre los orígenes de la expresión y su relación con el derecho escrito, su relación con la equidad, y con el derecho natural, siempre a través de la mediación del derecho romano, es decir, el derecho común europeo, y «civil» por antonomasia. A estas tres partes siguen dos excursos, sobre Doneau y Leibniz, y un resumen con las conclusiones finales. El índice onomástico con que se cierra el libro registra, no sólo los nombres de autores que tienen una significación para la historia del tema, sino también los de la literatura sobre el mismo. autores-fuentes y autores-bibliografía.

El autor ha tenido la delicadeza de dedicarme esta investigación suya (a lo que me reconozco sumamente agradecido) y puede haber influido especialmente en esa delicada generosidad el que él ha venido a cumplir con su trabajo lo que era un antiguo deseo mío (al que alude desde la primera página) de ver desmentido, con la documentación suficiente, el muy difun-

dido error de atribuir un sentido «racionalista» de la expresión *ratio scripta* a los medievales, cuya «raison écrite» era algo muy distinto. Alejandro Guzmán ha logrado una demostración incontestable al hacer con admirable erudición la historia de esa expresión. Ya en su interesante libro *La fijación del derecho* (1977), el autor había adelantado sus ideas sobre el tema, pero esta nueva investigación suya servirá para disipar posibles dudas. En la página 10, nota 19, el autor cita la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*² (1967), de Wieacker como lugar en que todavía aparece aquel difundido error, pero hay que tener en cuenta que poco antes, al reeditar en 1961 su libro *Von Römischen Recht*, de 1944, Wieacker había suprimido ya de los escritos en él recogidos uno antiguo que titulaba precisamente «*ratio scripta*», lo que probablemente podría interpretarse ya como una no comprometida retractación. En este sentido, la monografía de Guzmán tiene un valor permanente, y constituye una honra del todo singular para la literatura científica en lengua española.

El primer texto en que aparece la expresión «razón escrita» es el de la «Coûtume d'Alais» (entre 1216 y 1222), referido al principio romano («aisi con razons escricha manda») sobre la menor edad de hombres y mujeres hasta los veinticinco años. El que el derecho romano aparezca aquí como «razón escrita», es decir, como Derecho escrito y no consuetudinario, tiene la coyuntura histórica natural en el ambiente de Francia, como ya había visto bien Leibniz, cuando la expresión tenía ya un sentido muy distinto; en efecto, el derecho romano había de aparecer como libro en un país de «droit coutumier». Esto no excluye, sin embargo, que nuestra expresión aparezca también fuera de Francia, como vemos en una ley de las Cortes de 1487 recogida en los Fueros de Aragón, libro 3, *Forus inquisitionis officii Iustitiae Aragonum*: «Como de razón escripta, las causas devant el Iudge que se inician, devant aquel se deven mediar, finir, é determinar». Según dice el autor (pág. 7), aquí no se trata del Derecho romano, como en Francia, sino del mismo texto legal aragonés. En su opinión la frase «como de razón escripta» se referiría a la razón dada en el párrafo anterior de la misma ley («por cuanto experiencia ha demostrado que la Iusticia es dilatada por fazer mutación de los processos, etc.»), pero quizá no excluiría yo, en atención a la palabra «como», que se tratara de decir simplemente «como precepto de ley (= de esta misma ley)». Deduce de su exégesis el autor (pág. 7) que «la expresión "razón escripta" en los Fueros de Aragón nada tiene que ver con su similar francesa», así como tampoco cuando aparece en *Las Siete Partidas* (3, 4, 6), en relación con los motivos por los que un juez merece muerte o mutilación: «devenlo recabdar (los acusadores), e embiar al Rey; otrosí, la razón escrita por qué la merece». Es evidente que aquí no se trata del derecho romano, pero sí de ley escrita, que es precisamente lo mismo que justifica que se hable en Francia, del Derecho romano como «razón escrita». Así, yo no excluiría que se viera en estos textos hispánicos una recepción del uso francés y, de hecho, el mismo autor lo admite así

respecto al *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum*, de Miguel de Molino, ya en el siglo XVI (1513), sólo que aquí se identifica la *ratio scripta* con el *sensus naturalis*, en contraposición precisamente al texto de los Fueros de Aragón; en relación con esto, Jaime I, en 1247, había establecido, y así se recogía en el proemio de los Fueros de Aragón, que, a falta de fuero, debía acudirse *ad naturalem sensum vel aequitatem*, es decir, según la doctrina tradicional de los juristas aragoneses desde el mismo Del Molino, al derecho romano-canónico. Habría sido Del Molino, según el autor (pág. 9), quien habría identificado, por primera vez, la *ratio scripta*, con el Derecho romano-canónico: tendríamos una recepción del uso francés, a pesar de que la identificación de *ratio scripta* con el *sensus naturalis vel aequitas* se hubiera dado en Aragón antes de él. Así, pues, queda siempre cierta duda acerca de si, lo mismo para Francia que para Aragón, el sentido radical de *ratio* («raison») *scripta* no es simplemente el de Derecho no consuetudinario, y la identificación con el derecho romano-canónico no es más que secundaria e indirecta.

Especialmente importante es el capítulo (págs. 10-23) que dedica el autor a disipar cualquier intento de relacionar la *ratio scripta*, en el sentido que tendrá después, con el uso de *aequitas* o *ratio scripta* o *non scripta* que se utiliza en la discusión entre Búlgaro y Martino acerca del valor de la equidad contrapuesta al *ius*, es decir, en referencia a la equidad recogida en el mismo *Corpus Iuris* y no simplemente intuitiva (*aequitas rudis*); así como también con el uso de *mens* o *ratio scripta*, que equivale a la intención del legislador expresada en el mismo texto legal. El autor presenta un análisis muy afinado de las controversias en torno a ambas cuestiones, del que resulta evidente la falta de conexión con el sentido posterior de *ratio scripta* o con cualquier identificación de ésta con el derecho romano en su totalidad.

Cuestión aparte es la de ver en qué medida los juristas medievales pudieron influir en la aparición de la expresión «raison écrite» en Francia, sobre todo a través del estudio jurídico en la escuela de Montpellier. Pero el autor cree que no cabe pensar en una influencia de ese tipo, que hubiera supuesto un cambio de sentido en la expresión recibida, que sólo en Francia habría empezado a designar el derecho romano en su totalidad, sino que el origen de este nuevo uso debe buscarse en la misma Francia (págs. 24 ss.).

En la mencionada «Coûtume d'Alais» es claro que no se trata de un derecho romano doctrinal, que valga por su valor racional, *pro ratione*, sino del derecho vigente en aquella zona, ya que era país de derecho escrito, donde el derecho romano valía *ratione imperii* y no *imperio rationis*. Sólo en el siglo XVI la expresión «razón escrita» adquirirá ese sentido de racionalidad jurídica. Pero tampoco vale como sinónimo de *aequitas*, sentido que aparecería igualmente sólo en el siglo XVI.

Que el derecho «escrito» sea en la Francia medieval el derecho romano se entiende fácilmente, por ser Francia, en su parte septentrional, un país

de *coûtumes*. Y que el derecho objetivo aparezca como «razón» era ya un uso general en Francia, como explica el autor en el capítulo IV de esta misma parte (págs. 26-40); unas veces en referencia al derecho romano; otras, al derecho franco, y otras, al derecho en general. En la «Coûtume de la ville d'Isle Jourdain» (de la segunda mitad del siglo XII) cree encontrar el autor «cierto matiz subjetivo» (p. 29), pues se habla allí de *rationem restaurare*, pero no creo que sea necesario ver ahí tal matiz subjetivo, pues «restaurar el derecho» puede entenderse perfectamente como «restaurar el orden», sin necesidad de pensar en una facultad subjetiva violada. Así como también en la «Coûtume d'Agen» (1221), «razo de senhoria» es, como bien dice el autor (pág. 30), el «derecho (objetivo) de señorío», y, en el art. 30 de la citada «Coûtume d'Alais», «razón del Temple» es el «estatuto jurídico del Temple» (pág. 30). En algún caso (pág. 31) «droit et raison» se opone a «us et coustume», y en «Le Vieux coustumier de Poictou» (1417), «raison» es exclusivamente el derecho romano, en contraposición a «coustume» (página 32 s.). Esta identificación de «raison» con derecho escrito, es decir, romano, es la que se acabará por imponer a fines de la Edad Media. En realidad, el citado art. 18 de la «Coûtume d'Alais» usa «razons escricha» para traducir lo que en las «Consuetudines» de Montpellier aparece como *ius scriptum* (pág. 41). El cap. VI (págs. 42-47) recoge todos los testimonios del uso francés de «razón escrita» como sinónimo de derecho romano. Puede decirse, pues, que nuestra expresión nace claramente en el ambiente medieval francés, sin conexión con la doctrina de los juristas del derecho común.

La segunda parte del libro se dedica, como decimos, a la relación de «razón escrita» con «equidad». En efecto, en los países de derecho consuetudinario el derecho romano no podía ser reconocido como derecho vigente, pero ya desde el rey San Luis (1226-1270), y sobre todo desde Felipe IV el Hermoso (1285-1314), la superioridad doctrinal del derecho romano hubo de reconocerse, no en fuerza de una costumbre, pues en aquellos países no había una tradición, como la del mediodía, de un derecho romano conocido a través del Breviario Alariciano, sino por el prestigio de la Recepción culta del *Corpus Iuris*. Este derecho doctrinal se admite, pues, como un medio de formación previa de los juristas que deben aplicar el derecho consuetudinario. En este sentido habla Felipe IV el Hermoso de *legum et iuris scripti dogmata*, cuyo estudio compara al de las artes liberales, que preparan para el estudio de la Teología; por eso se admite tal estudio *ad doctrinam aequitatis et rationis fovendam*, aunque se insiste en que esto no significa una recepción de vigencia. Tenemos así un punto de partida para la identificación del derecho escrito (romano) con una *ratio* que justifica su aplicación, es decir, su valor *imperio rationis* o *aequitatis*. Así lo dice Baldo (cit. pág. 58), en relación con el Derecho feudal: *ius nostrum civile non allegatur pro auctoritate sed solum pro ratione*, donde *auctoritas* ha perdido ya su sentido propio y se identifica con el poder legislativo imperial, pero con esto de nuevo respecto a la ordenanza de Felipe IV el Hermoso: que esa *ratio* vale ya como derecho subsidiario y no sólo como educación

de juristas. De este modo el derecho romano se desvincula ya de la equidad: se aplica directamente *pro ratione*, y esto parece corresponder a la realidad forense de la época.

Para los humanistas, la *aequitas* constituye el concepto fundamental del derecho (y no la *lex naturalis*, como para la escolástica española) y se entiende en el sentido de la *epiēkeia* aristotélica. El autor dedica a este concepto de los humanistas el cap. III de esta segunda parte (págs. 61-68). Para aquéllos no era necesario un nuevo esfuerzo de alcanzar la equidad dentro del nuevo derecho nacional, pues eso ya había sido logrado por el derecho romano (pág. 68). Surge así una aplicación del derecho romano como derecho común que suple y, en cierto modo, limita la aplicación de los *statuti* en Italia o las *coûtumes* en Francia. De este modo, el derecho consuetudinario viene a ocupar la posición de un derecho estricto que debe ser superado por la equidad, la «razón», del derecho romano común. Puede valer como ilustrativo el principio formulado por Rebuffe (1487-1557): *statuta, ordinationes et consuetudines iuri communi repugnantes sunt restringendae*.

Especial interés presenta la explicación que da el autor (págs. 73-80) del cambio de Dumoulin (1500-1566), entre su edición de 1539 y la de 1554, acerca del concepto de *ius commune*, que deja de ser el romano para ser el consuetudinario general de Francia, lo que supone una fuerte consolidación del derecho nacional francés, y una relativización de la racionalidad del derecho romano en todos los casos. Esta posición es la que recoge De Thou (página 80 ss.), quien habla ya del derecho romano como «raison écrite», pero no ya como derecho común. Coquille, en 1611 (cit. en pág. 82), da una importancia del todo especial al giro introducido por el presidente De Thou en el Palacio de Justicia de París: «on commença à dire du droit des Romains que c'est la raison écrite et non le droit commun». Puede observarse, pues, en este momento histórico del derecho francés, una reutilización de la antigua expresión «raison écrite» —que era sinónimo de derecho romano, derecho escrito y no consuetudinario— con el fin de afirmar el derecho consuetudinario como común y desplazar al derecho romano como cantera de posible «racionalidad».

La doctrina de De Thou, sin embargo, no fue generalmente admitida, pues un gran sector de la doctrina francesa seguía apegada a la consideración del derecho romano como «derecho común». Así, Terrie, en 1574 (cit. en página 89) sigue hablando del derecho romano como «raison commune», y no como «raison écrite»; también Loiseau, a principios del siglo XVII (pág. 90 s.) La posición más relativizante de Dumoulin, en cambio, es seguida por Pasquier (1529-1615), Pithou (1539-1596) y otros. Un tercer grupo parece desprenderse de la polémica sobre la relación entre «coûtumes» y «derecho romano», para elaborar un derecho francés nuevo: es la actitud que acabará plasmando el Código de Napoleón. En esta última tendencia aparece Ricard (1622-1678), que declara servirse del derecho romano tan sólo como «raison» aprovechable para construir el derecho propiamente francés; también Basnage (1615-1695), que habla de «l'esprit particulier de notre Coutume» como

fuerza principal para informar el propio Derecho «sans rapport au Droit civil», es decir, al derecho romano (pág. 96). Naturalmente, en las redacciones de «coûtures» en que intervino Du Thou, y en muchos juristas influidos por él, se incorpora «raison écrite» como término legal, en el nuevo sentido defendido por aquel presidente del Palacio de Justicia.

La tercera parte del libro (págs. 113-151) se dedica a la relación de nuestra expresión con el derecho natural, siempre a través de la equivalencia con el derecho romano. En este sentido, destaca el autor la posición de Domat, en cuyo «Traité des loix» (1689) se dice que las leyes romanas son un derecho natural «qu'aucune autorité ne peut ni les changer ni les abolir», a diferencia del derecho particular, que él llama «arbitrario», y que equivale a simplemente «positivo». De este modo, las leyes romanas «étant la justice même, elles ont une autorité naturelle sur nôtre raison», en tanto las leyes «arbitrarias» o positivas tienen tan sólo «la force que leur donne la puissance de ceux qui ont droit de faire des loix» (cit. pág. 115). Ha quedado ya muy lejos la contraposición de «raison écrite» y «coûtures», pues ahora el derecho francés consiste cada vez más en las ordenanzas reales, a las que se contraponen el derecho natural de las leyes romanas, que para él sigue siendo, con este nuevo sentido, la *ratio scripta*, donde *ratio* significa ya la facultad racional (págs. 121 ss.). Para este nuevo giro, Domat tiene dos predecesores: Doneau o Donellus, cuyos «Commentaria de iure civili» son de 1588 (a él dedica el autor un excurso: págs. 141-147) y, fuera de Francia, Leibniz (segundo excurso: págs. 147-151), cuyas «Observationes de principio iuris» son de 1669, veinte años anteriores, por tanto, al «Traité des loix» de Domat. Pero Leibniz recibió la frase *ratio scripta*, como dice expresamente en 1695, de los franceses, y cabe así ver en él una influencia posible de Domat; por eso, respecto al pensamiento mismo, cabe hablar de cierta simultaneidad, aunque es claro que lo que para Leibniz es el resultado de una especulación teórica, se presenta en Francia como el resultado de una larga «gestación» histórica.

La doctrina de Domat influirá poderosamente en los juristas franceses del siglo XVIII, como Boutaric, Pothier y Bourjon (pág. 131 ss), aunque en Pothier no aparezca la frase *ratio scripta*.

Con estos juristas del siglo XVIII se cierra ya la historia de *ratio scripta*, pues lo que les sigue es ya la etapa de un derecho francés independiente y codificado. En este sentido, esta investigación de Alejandro Guzmán sobre el derecho romano como «raison écrite» en la historia del derecho francés empalma con la monografía de Alejandro Fernández-Barreiro sobre «Los estudios de derecho romano en Francia después del Código de Napoleón» (Instituto Jurídico Español en Roma, 1970).

Tenemos, pues, el libro que necesitábamos, y que yo esperaba especialmente, sobre la historia de *ratio scripta*: una confirmación documentada y convincente del origen francés de la expresión y una explicación cumplida de las circunstancias históricas regionales en que aquélla surgió.

ALVARO D'ORS

JOHANNIS TEUTONICI: *Apparatus glossarum in Compilationem tertiam*. Tom. I, edidit Kenneth Pennington (Monumenta iuris canonici. Series A: Corpus glossatorum 3; Città del Vaticano, 1981). xxxii + 364 págs.

Juan Teutónico fue una figura estelar en la canonística de principios del s. XIII, época en la que abundan como pocas veces las figuras de primera magnitud entre los canonistas. Durante su corto, pero fecundo magisterio boloñés, compuso cuatro obras importantes: el «apparatus» que se convirtió en Glosa Ordinaria al Decreto de Graciano (editado infinidad de veces según la revisión que de ella hizo Bartolomé de Brescia a mediados del s. XIII) el «apparatus» a las constituciones del Concilio 4 Lateranense de 1215 (cuya edición crítica acaba de aparecer en esta misma serie), la Compilación cuarta antigua de la que el mismo Teutónico es autor y glosador (tanto la Compilación como el comentario fueron editados en su día por nuestro Antonio Agustín), y finalmente el «apparatus» a la Compilación tercera antigua, que escribió entre 1213 y 1218, simultaneando esta última tarea con la de la composición de las otras obras aquí mencionadas. La obra que ha hecho más popular a Juan Teutónico entre los canonistas es la Glosa Ordinaria al Decreto, aunque en realidad esta obra no es en muchos casos más que una síntesis de las opiniones de los glosadores que le precedieron. En cambio, de las otras tres obras emerge un Juan Teutónico más analítico y creativo, sin que esto quiera decir que no utilice ampliamente a los canonistas que le precedieron, sobre todo a Juan Galense y a los dos hispanos Vicente y Lorenzo.

El editor estudia diligentemente la tradición manuscrita del «apparatus» del Teutónico a la Compilación tercera antigua. Todos los códices son anteriores a la aparición del *Liber Extra* de Gregorio IX (1234), lo cual significa a la vez un corto marco temporal de interés por esta obra de parte de los canonistas, a la par que una notable difusión manuscrita, ya que el número de códices supera las dos decenas. Dentro de esta serie de códices descubre el editor tres grupos: dos italianos y uno francés, cuyas características e interrelaciones describe oportunamente. La elaboración de esta obra por parte del Teutónico coincide con los avatares de la Compilación cuarta, que no llegó a obtener la aprobación pontificia, y esto explica las oscilaciones en el modo de citar los textos de dicha Compilación cuarta, que unas veces se alegan por la misma Compilación y otras por el Concilio 4 Lateranense donde originariamente se encuentran los textos en cuestión. El valor doctrinal de esta obra del Teutónico es superior a cuanto pudiera sugerir el corto período temporal de interés de los canonistas por ellas. Como es sabido, el comentario de Tancredo de Bolonia se convirtió en Glosa Ordinaria a la Compilación tercera antigua, con lo cual los demás comentarios, y entre ellos el del Teutónico, se alejan del foco preferencial de la atención de los canonistas. Añá-

dase a esto la aparición del nuevo ordenamiento jurídico de la Iglesia que se opera con las Decretales de Gregorio IX en 1234.

En este primer volumen de la presente edición se incluyen los dos primeros libros, dejando los tres restantes para el volumen segundo. En la introducción al segundo volumen se dará la descripción de los códigos y esperamos que también algunos otros puntos introductorios que se echan de menos en este primero. Tal vez hubiese sido preferible fundir todas las cuestiones introductorias al comienzo del volumen primero. Pero éste es un detalle sin mayor importancia. Aunque las publicaciones patrocinadas por el Institute of Medieval Canon Law tienen prevista su metodología adecuada, cuyas normas se publicaron hace ya más de veinte años. Pero cada serie y cada obra que se edita, plantea nuevos problemas metodológicos. También en el presente caso se plantean nuevos problemas de esta índole, que el editor creo resuelve satisfactoriamente. Con la publicación de esta obra, la figura y la aportación de Juan Teutónico sale definitivamente de la penumbra de los códigos de las bibliotecas, inaccesible a la mayoría de los lectores. Por ello merece los mejores plácemes esta edición, que responde a todas las exigencias previstas para esta clase de trabajos, y que prepara Kenneth Pennington, profesor de la Universidad de Syracuse (USA).

Como tema marginal a esta obra, quisiera puntualizar que el editor me hace el honor de remitirse (p. XVI, nota 7) a una breve nota mía que publiqué en 1967 en una revista americana, donde se habla, entre otras cosas, de la autoría de un comentario a los *arbores consanguinitatis et affinitatis* que ha sido atribuido a veces a S. Raimundo de Peñafort. Mi posición de entonces será más puntualizada en un artículo de próxima aparición sobre este género literario-jurídico de los comentarios a los árboles de consanguinidad y afinidad. En relación más cercana al tema de este libro, puedo adelantar que en otro trabajo, destinado a aparecer en la revista *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Kanonistische Abteilung*, doy una dicción y estudio de las glosas de Juan Teutónico a los árboles de consanguinidad y afinidad.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

LALINDE ABADÍA, J.: *La persona y la obra del jurisconsulto vicense Jaime Callis*. Vic, 1980. 182 págs.

Atendiendo a una llamada del Colegio de Abogados de Vic, Lalinde ha confeccionado un inteligente y enjundioso estudio sobre la personalidad del jurista vicense Jaime Callis, sin duda la figura más destacada del derecho medieval catalán. Obra densa y documentada, fruto del manejo directo de los escritos del jurista estudiado, nos revela cumplidamente su silueta biográfica y la significación y alcance de su pensamiento y doctrina.

En la primera parte del libro, Lalinde, recogiendo y ampliando las noticias

sobre Callis ofrecidas por Torres y Bages, Gudiol, Rius, Elias de Tejada, etc., nos presenta un acabado perfil de la vida familiar, profesional y pública del jurista estudiado. Callis, hijo de familia menestral de Vic, nacido hacia 1365-1370, después de unos estudios jurídicos en Tolosa y de una inicial ejercicio en la curia de su ciudad natal, ascenderá pronto a altos cargos funcionariales, como juez regio, Abogado fiscal, juez de la Real Audiencia, Habilitado y Tratador de las Cortes, sirviendo a diversos monarcas así de la dinastía barcelonesa como la de Trastámara, que le honrarían además, elevándolo al rango de caballero. Buena parte de su fecunda obra de escritor, va ligada al ejercicio de estas y otras funciones, como la *Margarita Fiscis*, el *Curiarum Extragravatorum*, el *De moneta*, etc., aparte de su obra central y que habrá de darle más fama: los *Commentaria* a los Usatges, escrita todavía en Vic, y de cuyo carácter inacabado se lamentará su autor a lo largo de su vida, sin perder la esperanza de darle remate. Así y todo ya sabemos que estos incompletos Comentarios se integrarían junto con los de los hermanos Vallseca y Montjuic en aquel aparato de *Antiquiores*, ofrecido por Carlos Amorós en 1544, como la glosa clásica de la legislación usuaria catalana. Tampoco es para olvidar su actuación en la labor preparatoria del proyecto de lo que había de ser la primera recopilación de las «Constitucions y altres Drets de Catalunya». Respetado y honrado, Callis moría en Barcelona en 1434. Como jurista de su tiempo, Callis, se enmarca en la corriente romanista que soplabá por toda Europa, y dentro de ella, en la especialidad del *mos italicus*. Como conclusión de esta parte, Lalinde señala el rigor de su método, su sistemática, la sabia utilización de los autores anteriores, y la elegancia y pulcritud de su cuidado estilo.

La segunda parte del libro, la más amplia y profunda, la dedica su autor a exponer en ordenada y penetrante disección el pensamiento jurídico de Callis. En la dificultad de concentrar en pocas líneas el caudal de doctrina que emerge de su presentación, nos referimos a la titularidad de sus apartados más significativos. Destaca Lalinde, ante todo, la adhesión de Callis a la doctrina del pactismo jurídico como fórmula política catalana, cuidando de precisar que adopta, frente a la misma un cierto neutralismo, pues ni se entusiasma con ella ni la denigra, ya que no siendo un político, sino un profesional, le corresponde tan sólo, explicar y aclarar a sus contemporáneos el funcionamiento del sistema. Otro aspecto advertido por nuestro autor, en el pensamiento de Callis, es la hábil armonización del ordenamiento catalán de originaria base goticista con el derecho romanista, es decir la conjugación del nacionalismo con el europeísmo, según se aprecia ya en el tratamiento de los propios Usatges. También descubre en el biografiado, el encuadramiento feudal conferido a la estructura estamental catalana con un evidente arcaísmo, dado que en su tiempo, se preparaba ya la evolución que llevaría a la sociedad hacia la crisis violenta de la segunda mitad del s. xv.

No menos significativo, como subraya Lalinde, es el agudizado tecnicismo utilizado en la configuración del Fisco como persona jurídica. Su experiencia

en el cargo de Abogado fiscal, le daba autoridad para hablar del mismo en la teoría y en la práctica, y aquí se manifiesta, una vez más, la gran talla del jurista vicense, al acometer el estudio del Fisco o patrimonio regio en la línea canónica de la «persona ficta», como un verdadero ente jurídico, con sus derechos, prerrogativas, especialidades y restricciones en que se podía hallar en la práctica respecto a los particulares. Amplia acogida recibe también en el pensamiento callisino la consideración de los sistemas defensivos del orden público interior y del enemigo exterior, haciendo notar Lalinde la concepción medievalista que alienta en el jurista catalán, en tanto que una y otra defensa se hallan atribuidas, en principio no tanto al titular del poder público, como a toda la sociedad, que los ejerce a través de sus miembros más encumbrados (mecanismo de la Paz y Tregua eclesiástica y secular, Somatent, batallas privadas, hueste y cavalcada, etc.).

Marginando otros varios extremos del pensamiento de Callís que Lalinde no descuida de anotar y valorar ponderadamente (así, p. e., su concepción penalista retributiva típicamente medieval), éste concluye la obra con un Epílogo sintetizando diáfananamente los rasgos de la figura Callís en el nivel personal, profesional y científico, y estimando que el mundo jurídico debe rendirle un tributo de admiración como una de las figuras más destacadas.

Nuestro parabién al autor de este sazonado trabajo debe extenderse al Colegio de Abogados de Vic, por el meritorio esfuerzo de haber patrocinado su publicación, honrando justamente al más ilustre de sus antecesores

J. M. F. R.

LASAOSA VILLANUA, Santiago, *El «Regimiento» municipal de Pamplona en el siglo XVI*, Pamplona 1979. 522 págs. + 12 láms.

Se echaba en falta el estudio del régimen municipal, especialmente de Pamplona, que en la Edad Moderna se afirma como cabeza de Reino, para completar el marco de investigaciones, que sobre las instituciones políticas navarras en la Edad Moderna, se ha venido desarrollando. Tampoco abundan las monografías sobre este tema, sobre los otros territorios españoles durante ese período.

A través de esta publicación, que constituyó una Tesis Doctoral elaborada en el Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Navarra, Santiago Lasasosa, tras una concienzuda investigación, consigue una aportación valiosísima para el conocimiento del municipio pamplonés en el siglo XVI.

Centra su estudio fundamentalmente en la estructura interna del municipio pamplonés, desde el punto de vista jurídico y financiero.

En una breve introducción, explica el nacimiento del Estado Moderno que supone la consolidación del Poder Real a costa de los otros poderes, sobre

todo, del señorial, y parte su estudio del planteamiento de una importante cuestión: ¿Trata la Monarquía lo mismo que en Castilla en el siglo XVI de someter las ciudades? En definitiva, ¿qué ocurre con el municipio pamplonés en el siglo XVI?

Dedica la primera parte de la obra a la presentación del marco histórico, territorial y social en el que se ha de desenvolver el municipio. Abarca en su recorrido desde el Privilegio de la Unión (1413) hasta la ocupación por el duque de Alba (1512). Aunque es, a mi juicio, la menos importante de las cinco de que se compone, resultan de indudable interés las negociaciones de Fernando el Católico con Navarra, sobre lo que presenta documentación inédita procedente del Archivo Municipal: Nuevas concesiones hechas a la ciudad por el Rey Fernando, que complementan las otorgadas en la capitulación con el duque de Alba.

En la segunda parte, que es la central y más extensa, lleva a cabo a través de nueve medulosos capítulos un exhaustivo análisis de la institución municipal. Tras presentar las normas legales que regían en el municipio, pasa a analizar los diversos oficios que componían el Regimiento, haciéndolo de forma más minuciosa con la de jurisdicción (alcalde y regidores), pero sin olvidar —aunque la documentación encontrada sea menor— los administrativos e incluso los profesionales y artesanales que dependían de él.

Analiza el funcionamiento del Regimiento como organismo; los privilegios de que gozaba la ciudad y los forcejeos que se mantuvieron para su conservación.

En la tercera parte, el autor examina la actuación del Regimiento en diversos aspectos de la vida ciudadana: abastecimiento, sanidad, cultura, asistencia, vías públicas, etc. Algunos de estos puntos quedan meramente iniciados y podrán ser objeto de diversas monografías. Otros, ya se han realizado: la urbanización de la ciudad, por Martinena; las fortificaciones, por Idoate, el Padre de Huérfanos, por Salinas Quijada; Gremios y Cofradías, por Núñez de Cepeda, y la peste, por Baleztena, Viñes Rueda y Arazuri.

Si en este apartado presenta a los representantes de la ciudad en su actuación cara a la comunidad a la que rigen, en el siguiente examina su actuación frente a organismos externos, ya sean del Reino o ajenos a él. Al igual que en la parte anterior, algunas actuaciones quedan meramente bosquejadas, ya que se escapan al objetivo que el autor se ha propuesto.

En la última parte, el doctor Lasaosa lleva a cabo con éxito un difícil análisis de la Hacienda municipal. El tema es abordado en amplitud y profundidad. Hace un análisis detallado de los ingresos y gastos, y presenta un estudio evolutivo en las dos últimas décadas del siglo. Estudia también el sistema de cobros y pagos, la contabilidad y la rendición de cuentas ante los representantes de las diversas barriadas de la ciudad. Como las cantidades en que presentan los movimientos de tesorería no son homogéneas, lo ha reducido todo a un solo tipo de moneda, que permita una comparación constante y cómoda.

El autor ha manejado numerosa documentación del Archivo Municipal de Pamplona y del Archivo General de Navarra e incorpora, como apéndice, documentos importantes inéditos.

Se puede apreciar que el acopio de datos ha sido laborioso, así como el trabajo de su elaboración para presentarlos de forma sistemática. La dificultad aumenta, si tenemos en cuenta los dos incendios que sufrió el archivo Municipal en este siglo, que han eliminado una parte de la documentación y deteriorado parte de la que se salvó.

Después de la lectura de este valioso trabajo, se puede apreciar que las figuras más activas de la política municipal son los regidores, encargados de la administración y defensa de la ciudad y sus intereses. El alcalde, con una labor fundamentalmente judicial, intervino muy poco. El Regimiento dicta normas que regulan aspectos de la vida ciudadana, unas veces por su propia autoridad y otras refrendadas por autoridades superiores —Rey, Virrey, Consejo— y vigila su observancia. En un sentido amplio podemos ver cómo el Regimiento tenía funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, aunque, como pone de manifiesto el autor, la función principal era administrativa.

El Privilegio de la Unión marcará un sistema de gobierno municipal que no sufrirá alteraciones de importancia a lo largo del siglo XVI, ya que la oposición a cualquier innovación fue muy fuerte en todos los órdenes.

El doctor Lasasa no pasa por alto una cuestión que me parece muy interesante: la repercusión que la ocupación y anexión a Castilla supuso en el gobierno municipal. Algunas instituciones reales —sobre todo el Virrey y Consejo— intentarán, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XVI, intervenir activamente en la vida municipal y en algunos casos, pocos, lograrán sus pretensiones. La ciudad recurrió constantemente a la autoridad real para el cumplimiento del juramento de mantener sus fueros y privilegios, fundamentalmente el Privilegio de la Unión. La Monarquía, en proceso de sometimiento de las ciudades, quizá fuese más condescendiente con Pamplona como, en general, con las pretensiones del Reino, quizá por las dudas morales sobre la licitud de la posesión del Reino de Navarra y para atraer a los nuevos súbditos de esta zona fronteriza.

Señala el autor como una de las causas fundamentales, que permitió el mantenimiento de una relativa independencia del poder real, el hecho de que la ciudad no sufrió la ingerencia real directa que suponía en otros reinos la figura del corregidor, que fue repudiada desde el principio.

Se ve cómo Pamplona, no sometida a señorío y con posición privilegiada frente al autoritarismo real, gozó de cierta libertad. Esta situación, junto con sus privilegios —procedentes la mayoría de la antigua Monarquía— se hizo patente también en la escasa colaboración a la Real Hacienda.

En la parte que dedica al estudio económico del Regimiento, que es, a mi juicio, la más construida e interesante, evidencia el hecho de que pese a que la Hacienda municipal tenía unos ingresos constantes, suficientes quizá en una situación normal, los enormes gastos producidos por situaciones anorma-

les —recibimiento de personalidades reales, funerales por miembros de la familia real, peste, etc.— provocaron un déficit que no podrá superarse y se irá incrementando al compás del aumento de los préstamos y nuevos acontecimientos extraordinarios.

El deterioro de la situación social y económico en toda la Península se refleja en Pamplona en la modificación de algunas instituciones, como la de Padre de Huérfanos, que de ser fundamentalmente asistencial, pasa a convertirse en policial.

La lucha por las preeminencias entre organismos y personas será una constante en el siglo XVI, que se irá agudizando conforme el período estudiado se acerca a su fin.

Como complemento a este trabajo, se inserta, además del importante apéndice documental, otro no menos valioso, consistente en numerosos cuadros estadísticos, en los que se incluyen desde las personas propuestas para efectuar la elección de alcaldes y los regidores en la segunda mitad del siglo XVI, hasta un resumen de la Hacienda municipal de las dos últimas décadas del siglo, en los que aporta datos de mucha utilidad para otros trabajos.

El autor ha llevado a cabo el análisis de esta institución con gran riqueza de detalle y consigue, a través de un tratamiento meticuloso de las fuentes históricas y jurídicas, un estudio completo del Municipio pamplonés y una valiosa aportación a la historia del Derecho navarro.

EMMA MONTANOS FERRÍN

Libro Becerro de las Behetrías. Estudio y texto crítico de Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ. Prólogo de Alfonso GARCÍA-GALLO. León, 1981; 3 vols. 606 + 653 + 129 págs. y 16 mapas.

A ningún estudioso de nuestra Baja Edad Media castellana hace falta ponderarle el interés que encierra una de las fuentes documentales más importantes del siglo XIV: el Libro Becerro de las Behetrías. Investigaciones como las de Sánchez Albornoz, Angel Ferrari, Fernández Martín y Clavero son una buena prueba de la abundancia de datos y posibilidades que esta fuente documental encierra y que puede seguir deparando a futuros historiadores.

Sin embargo, la consulta del Libro Becerro no resultaba hasta ahora fácilmente accesible. Su edición más divulgada, la de Fabián Hernández (1866) era difícil de conseguir por la escasez de ejemplares existentes, y resultaba además una edición a todas luces anticuada, con deficiencias de transcripción, topónimos sin localizar y, sobre todo, ausencia de índices.

La confluencia de estas circunstancias (importancia de la fuente y necesidad de una nueva edición de la misma) ha movido al profesor Gonzalo Martínez a realizar un trabajo superador de deficiencias anteriores y elabo-

rado con actualizados criterios de rigor y utilidad. Del logro de su empresa no puede caber la menor duda a la luz de los resultados conseguidos.

La primera consecución se encuentra ya en el estudio preliminar que el autor hace a la edición y que modestamente se califica de Introducción. En ella esboza un detallado análisis del contexto histórico que motiva la realización del Becerro. A estos efectos, el punto de partida hay que situarlo, según Gonzalo Martínez, en la crisis demográfica y económica ocasionada por la peste de 1348 y que lleva a los hidalgos del norte del Duero a pedir al monarca castellano ponga remedio a su empobrecimiento mediante la conversión de lugares de behetría en solariego y consiguiente cesión por parte del rey de los derechos de martiniega y justicia que en los mismos percibía. La favorable acogida que en un primer momento se dispensa a esta petición formulada en las Cortes de Valladolid de 1351 obliga a inventariar sobre el terreno los derechos reales y señoriales existentes en cada específica localidad. Y así, entre octubre de 1351 y mayo de 1352 se procede a la recolección de datos por cinco equipos diferentes que suministrarán la información sobre la cual trabaja el todavía anónimo redactor material del Libro. No menos valiosas que estas conclusiones a las que llega el autor son las relativas a la transmisión manuscrita del texto, identificándose veintisiete códices, de los cuales tan sólo cuatro pueden considerarse como desaparecidos; de todos ellos se ofrece un estudio individualizado a la vez que se precisan sus mutuas relaciones mediante un bien construido «stemma». De gran interés son, asimismo, las páginas que recogen la historiografía del Libro Becerro, su descripción y análisis sustancial del contenido.

En la segunda parte de la obra se ofrece la transcripción del texto siguiendo la compartimentada estructura del mismo en merindades y localidades. Respecto a las quince merindades, el autor encabeza cada una de ellas con una sintética información de sus características y peculiaridades más destacadas: ubicación respecto a la división provincial, poblaciones comprendidas, su respectiva situación administrativa actual y valoración de la superficie abarcada. En cuanto a las localidades, se procede a especificar en nota su exacta localización, tomando como puntos de referencia a núcleos cercanos de población y accidentes geográficos; también se ofrece su latitud y longitud, además de su pertinente ubicación en el mapa correspondiente. Hay que dejar constancia del esfuerzo que aquí ha debido realizar el autor para identificar exactamente no ya sólo los 1914 lugares actualmente todavía poblados, sino los 488 despoblados, cuya localización ha debido suponer un fatigoso trabajo de geografía histórica. Puede decirse que la casi totalidad de los topónimos contenidos en el Becerro están ya localizados, pues tan sólo dos de ellos han quedado sin ubicar.

El tercer tomo de la obra ha debido ser, sin duda, el más ingrato de realizar, pero, sin embargo, puede resultar el más valioso y útil para el lector. Es el volumen en el que se contienen los magníficos índices y mapas que acompañan al texto. De los primeros se han elaborado de topónimos, perso-

nas, referencias históricas, pesas, medidas e instituciones. De los segundos se ha elaborado un mapa general, que abarca el conjunto del territorio al que hace referencia la obra, y otro de cada una de las quince merindades concluidas.

En suma, esta edición del Libro Becerro en tres volúmenes, con la calidad y buen gusto a que nos tiene acostumbrados la Colección de «Fuentes y Estudios de Historia Leonesa» se sitúa en una línea modélica de este tipo de trabajos y supera con creces el triple propósito perseguido por el autor de ofrecer un texto crítico depurado, localizar los lugares citados y dotar a esta fuente histórica de unos útiles índices. Por todo ello, la valoración encomiástica que en el Prólogo de la edición formula el profesor Alfonso García Gallo sobre el método y alcance del trabajo realizado no puede menos que ser suscrita en su integridad.

A. BERMÚDEZ

Llibre del Consolat de Mar. Volums. I-II. Edició del text de la Real de Mallorca, amb les variants de tots els manuscrits coneguts, a cura de Germà COLON amb la col·laboració de la Secció Catalana de la Universitat de Basilea. Fundació Salvador Vives Casajuana. Fundació Noguera. Barcelona 1981 y 1982, pp 262 y 299.

Reciente aún la excelente edición crítica, todavía en publicación, de los «Furs de València», debida a la colaboración de Germà Colon y Arcadi Garcia Sanz, estos mismos autores nos deparan una nueva y grata sorpresa: la edición del «Llibre del Consolat de Mar». Desde hace años se dejaba sentir la necesidad de una edición de este texto fundamental para la historia del derecho mercantil; consciente de esta necesidad, el Dr. Font Rius, desde su cátedra de Barcelona, había impulsado silenciosamente esta tarea, que hoy, gracias a la colaboración de tan ilustres y beneméritos investigadores —Colon y Garcia Sanz— ve la luz en sus dos primeros volúmenes. Quiere decir esto que al realizar la presente reseña nos enfrentamos con una obra incompleta, a la espera de un tercer volumen, donde se recogerá el estudio histórico-jurídico y filológico y un diplomatario.

Aunque quisiéramos limitarnos a estos dos volúmenes publicados, debidos a los cuidados de Colon, con la colaboración de la sección catalana de la Universidad de Basilea, nos encontraríamos muy condicionados, ya que podríamos hacer algunos reparos, que quizá serán subsanados en el volumen tercero. Los historiadores del derecho sabemos muy bien que las ediciones llevadas a cabo por Tilander y sus discípulos deben constituir un modelo para todo editor de textos jurídicos medievales; no debe extrañar que lamentemos la inexistencia en esta edición de un vocabulario semejante al que acompaña a las ediciones mencionadas, pero este reparo podría estar fuera de lugar, si tal vocabulario se reserva para el volumen tercero

La no aparición del tercer volumen impone, pues, un límite objetivo a toda crítica, pero limita también la importancia actual de esta edición para los futuros investigadores, desde el momento en que en el cuerpo de la misma se reenvía, en determinados casos, a un futuro apéndice, donde se recogerán las variantes de algunos de los manuscritos. Y este reenvío no deja de tener una cierta importancia, sobre todo para el conocimiento del ms. C, pues para conocer las variantes de los cap. 124-183 —a tener en cuenta que carece del cap. 177—, 226, 233, 239 y 268 de este manuscrito —así como para conocer las variantes del cap. 219 del ms. V— habrá que esperar a la aparición del mencionado apéndice. Señalado esto, pasemos a examinar esta edición del «Llibre».

Como hemos indicado, estos dos volúmenes ofrecen una obra de gran importancia, «l'edició crítica del Llibre del Consolat de Mar, famós codi jurídic de la navegació comercial vigent a l'edat mitjana, alludit ja en documents del segle XIII, reelaborat en una redacció mallorquina de 1385 i reproduït en diferents versions fins als darrers decennis del segle XV», en palabras de su insigne prologuista.

No pretendemos contradecir a tan ilustre lingüista, premio de Honor de las Letras Catalanas, sobre todo teniendo en cuenta que abandonada ya la creencia de poder establecer, de forma mecánica, sin participación de editor, el texto original, se ha llegado a afirmar que el arquetipo es el resultado de la selección de las mejores lecciones llevada a cabo por el editor; recordemos, sin embargo, que Colon se ha propuesto la edición del texto del ms. de la Real de Mallorca, recogiendo las variantes de todos los demás manuscritos.

Recojamos de nuevo las palabras de su autorizado prologuista:

«Per les mostres que he vist del seu estudi sobre el Consolat de Mar, tinc la impressió que en haver-se publicat els tres volums d'aquesta edició, ja no caldrà que ningú s'entretengui a cercar idees noves sobre el famós codi marítim, perquè hom hi haurà trobat una informació total del seu contingut, dels seus problemes i de la seva influència en la vida mercantil del Mediterrani occidental.»

Estas palabras nos hacen lamentar todavía más la ausencia del volumen tercero, pero no nos eximen de la tarea de examinar los dos volúmenes aparecidos.

No pudiendo recurrir a los manuscritos del «Llibre del Consolat de Mar» y conociendo la autoridad, digámoslo con más precisión, la *auctoritas* del profesor Colon, elegido estos días Valenciano del Año, es indudable que nada debemos decir de la transcripción del manuscrito básico. Tampoco cabe el recurso de acudir a antiguos editores de algunos de los manuscritos utilizados, ya que tales ediciones son mucho más conocidas al actual editor que al recensionador; precisamente por ello nos abstenemos de indicar una

serie de divergencias constatables en la edición actual y en la edición que del «Orde judiciari de València» hizo uno de los colaboradores de esta edición, Arcadi Garcia Sanz, en base a los mss. L (= La Real) y V (= Valencia). Cualquiera que esté interesado en ello puede fácilmente constatarlo. Y otro tanto podríamos decir del ms D, que Moliné editó a pie de página de su edición¹.

Toda edición crítica requiere un tal esfuerzo y concentración, que no es posible que se plasme en la imprenta sin imperfección alguna; si ninguna obra humana es perfecta, una edición crítica puede presentar con mayor facilidad los flancos a la crítica, ya que a los posibles descuidos del editor, en el momento de hacerla, deben unirse los posibles descuidos en el momento de corregir pruebas. De aquí que las afirmaciones que haremos a continuación, si tienen algún valor, deben contemplarse a la luz de un intento de mejorar, si ello fuera posible, una tan excelente edición.

¿Refleja la presente edición el manuscrito mallorquín de la Real? La introducción es muy parca en noticias sobre este manuscrito, aunque en parte podemos subsanar este silencio, gracias al reenvío que los autores de la introducción —Colon y Garcia Sanz— hacen al trabajo de este último, dando cuenta de la aparición de este manuscrito, hasta el momento el más antiguo conservado del «Llibre»². Dado que volveremos sobre este punto, digamos que Colon no ha editado este manuscrito mallorquín, pues se ha limitado a hacer una selección de su contenido, que viene determinada por la tradición actual del «Llibre del Consolat», es decir, Colon ha editado el «Orde judiciari de la cort dels consols de mar de València», las «Costumes de la mar», las «Costumes de les armades» y, finalmente, los «Capítols del rey en Pere» todo ello es lo que forma claramente, según Garcia Sanz, el «Llibre de Capítols del Consolat de Mallorca»³.

La responsabilidad de la actual edición es de Colon, quien ha contado con la ayuda de una serie de colaboradores pertenecientes a la Sección Catalana de la Universidad de Basilea, algunos de los cuales han abandonado ya esta tarea, iniciada en 1970 —I 13—. Es necesario resaltar este hecho, ya que algunas de las imperfecciones que pueden señalarse son el resultado de una cierta falta de unidad en la realización de la tarea acometida.

¿Cuál es el criterio seguido por el editor?

«Adoptem en la nostra edició l'ordre que ja imposà la impremta des del primer incunable consular i que ha estat també seguit per Moliné en la seva edició de 1914. Per exemple, una referència com *m* 47 significa que es tracta del capítol 47 segons la numeració tradicional» —I 14—

1 Vid. infra n. 16 y 12.

2. Arcadio GARCÍA SANZ, *Un nuevo código mallorquín del Llibre del Consolat de Mar*, en *AHDE* 38 (1968) 635-639.

3. GARCÍA SANZ, *Un nuevo* cit. 638.

Esta decisión tiene sus ventajas, pero puede tener también sus inconvenientes, si en el aparato crítico no se dan todas las noticias necesarias sobre los distintos manuscritos y con un mismo criterio. Al no coincidir exactamente la estructura del ms. L con esta numeración tradicional, el editor se ha visto obligado a hacer determinados cambios, consistentes en duplicar algunos números⁴: m 45 bis; 46 bis, 80 bis, 101 bis. ¿Se acaban aquí las diferencias? Al parecer no, ya que en el texto y en las notas correspondientes a m 49, 88, 93, 113 y 333 se indica la aparición de nuevos epígrafes en el ms L, epígrafes que al parecer serían signos constitutivos de un nuevo capítulo, sin que el editor haya procedido a llevar a cabo la correspondiente duplicación del capítulo⁵. Si el editor ha tenido alguna razón para proceder así, no la han expresado⁶. El lector puede descubrir la estructura del ms. L, pero no puede fiarse de la numeración ofrecida, ya que en un mismo capítulo tradicional, pueden encontrarse dos capítulos diferentes del ms. L. El editor parece haber utilizado dos criterios diferentes, en el momento de acomodar el ms. L a la estructura de la tradición.

Para mantener la numeración tradicional —que no siempre se corresponde con la de la edición princeps, al parecer, según muestra m 130 n. 1— debe el editor conservarlas aún allí o donde el ms. L no ofrece el correspondiente capítulo —m 87— o donde ni mss. ni ediciones han ofrecido nunca un texto —m 44— o donde sólo la edición princeps, pero no así los manuscritos, ofrece un texto —m 43—. Se mantiene también esta numeración tradicional, allí donde el ms. L ofrece otra diferente: así m 166, 167, 168 y 169, que en el ms L aparecen según este orden: 167, 168, 166 y 169; es curioso que el editor indique tal alteración en m 167; también el ms. L ofrece una alteración en el orden tradicional en m 221-222

Si estas indicaciones permiten, con la duda ya observada, descubrir la verdadera numeración del ms. L, esto no parece suceder siempre; así en una nota un tanto sibilina —m 305 n. 12—, que no afecta al ms. L, que todavía es más sibilina y, al mismo tiempo, contradictoria, si la comparamos con la nota 17 de m 331. La primera nota dice:

«Alguns manuscrits encapçalen els paràgrafs amb un tiolet: l'indiquem com a variant del darrer mot del paràgraf precedent».

Y la nota segunda afirma:

«a partir d'ací no indiquem els tioletes que surten a la fi de cada paràgraf en NAUe; vegeu nota 12 de m 305».

4. Utilizaremos el sistema del editor en las citas —m 47—, pero añadiremos la nota, para identificar más rápidamente el pasaje; las indicaciones pueden encontrarse así sea en el texto de la edición, sea en el aparato crítico.

5. Téngase presente que tanto el ms. mallorquín de Sant Pere (= D) como el ms. parisino de la BN 124 (=N) parecen ofrecer una estructura muy semejante. Vid. infra n. 15.

6. Que para el editor la aparición de un nuevo epígrafe signifique la existencia de un nuevo capítulo parece indicarlo, entre otras cosas, la nota 1 de m 143.

Parece ser una opción del editor el considerar tales indicaciones signos no de un nuevo capítulo, sino de un nuevo párrafo, quizá arrastrado por la autoridad de la edición princeps, pero lo que no se entiende muy bien es la razón para no observar el mismo criterio en ambos casos.

Y no hemos sido capaces de reconstruir el ms. L en base a los datos ofrecidos en m 329 n. 177:

«Els mss. FNCPAUE duen ací el text que en el ms. bàsic es troba en el cap. 332; veg. nota 14 del cap. 332. El capítol corresponent a m 330 es troba dividit en el ms. bàsic en diversos fragments. Nosaltres seguim la disposició de L, tot indicant les correspondències amb m».

M 332 n. 14 no aclara nada, pues en el punto que nos interesa es un simple reenvío: «vegeu nota 177 del capítol 329». El orden en que aparecen los capítulos es el siguiente: 329, 330 (cont.), 331, 332, 329 (cont.), 330, 332 (cont.), 333. Es decir, se podría pensar que allí donde m ofrece cinco capítulos: 329, 330, 331, 332 y 333, el ms. L ofrece ocho capítulos; pero esta afirmación chocaría con la recogida en la nota 177, donde se dice que el capítulo correspondiente a m 330 se encuentra dividido en diversos fragmentos; ahora bien, como se ve por la indicación de folios, en la edición no se ha producido ningún cambio en el orden del ms. L, que se dice seguir fielmente; tendríamos así que el ms. L, en el capítulo 330 incluye los actuales 330, 331, 332 y final de 329; es decir, se reducen en el ms. L tres capítulos y medio —329 (final), 330, 331 y 332— a un sólo capítulo, alterándose al mismo tiempo su orden de aparición y mezclando por ello el material recogido, interpretación que nos parece muy dudosa por dos razones fundamentales: al decir el capítulo correspondiente a m 330, parece aludirse a aquel que se identificaría con el actual m 330, y entonces tendríamos que decir que no aparece dividido en diversos fragmentos, sino en dos, y que otro tanto ocurre con m 329 y 332; y en segundo lugar, el término «fragmentos» parece excluir la existencia de nuevos capítulos. Sea lo que fuere, quizá por culpa propia, no acabo de ver clara la explicación⁷.

Los capítulos correspondientes a las «Costums de la mar» aparecen numerados en el ms. L. Es importante señalar que m 45, es decir, el capítulo referente a «les quintalades de Alexandria» es el primer capítulo de las «Costums de la mar»; a continuación aparece el texto latino de este capítulo —m 45 bis— y a continuación m 46, donde se inician, según se dice generalmente, las «Costums»; ahora bien en la nota 1 de m 46 se afirma por el editor:

«L numera generalment els capítols, ací duu la indicació «Capítol II»; en prescindim car tot sovint hom ha ratllat aquesta numeració.»

⁷ La edición de Moliné —vid. infra n. 12— no sirve de ayuda.

Tras esta declaración, salvo error, sólo vuelve a indicarse la numeración en dos ocasiones: m 50, que es el «Cap. VIII» y m 51, que también en L es el capítulo «VIII» de las «Costums».

¿Por qué esta decisión? El hecho de haber sido cancelada la numeración no es un hecho sin importancia; a mi entender podría pensarse que con el paso del tiempo al considerarse que los diferentes elementos, reunidos en lo que hoy calificamos de «Llibre del Consolat de Mar», formaban una unidad, se consideró oportuno cancelar aquella numeración, que mostraba que tal unidad era puramente casual y fáctica. Si sabemos que existió esa numeración propia de las «Costums», no podemos conocerla y este hecho, unido a la forma de hacer las divisiones en capítulos llevada a cabo por el editor, impide saber el número exacto de capítulos, que presentaba en el ms L las «Costums». Según García Sanz⁸, el último de los capítulos numerados de las «Costums» era el 258; sabemos que el capítulo 1 era el perteneciente a «les quintalades de Alexandria» y probablemente el texto latino de este capítulo no estaba numerado⁹, siendo el capítulo 2 el actual m 46, que comienza «Aquests són los bons stabliments e les bones custumes»; pues bien, si contamos todos los capítulos duplicados —salvo m 45 bis— y contamos también como nuevos capítulos aquellos que no han sido desdoblados por el editor, pero que ofrecen un doble epígrafe¹⁰, nos encontraríamos, salvo error, con 260 capítulos¹¹. Esta pequeña diferencia quizá pueda explicarse por la repetición de algún número, ya que, como hemos visto, tanto m 50 como m 51 se identifican con el capítulo 8, si no queremos recurrir a otra explicación, que podría hacer más problemática la utilización de esta edición. Daremos un único ejemplo.

El editor ha desdoblado m 86, ofreciendo dos capítulos: m 86 y m 86 bis;

8. GARCÍA SANZ, *Un códice* cit. 637.

9. GARCÍA SANZ, *Estudios sobre los orígenes del derecho marítimo hispano-mediterráneo*, en *AHDE* 39 (1969) 250 n. 100 señala en m 46 es el capítulo 2, tal como hace la edición de Colon, pero al editar el «Orde judiciari» de Valencia, según el ms V, señala en p. 313 n. 69, que el texto latino de «les quintalades de Alcixandria» es el cap. 2 de las Costums, creemos que se trata de una equivocación, a la vista de la edición, y consideramos que los dos primeros capítulos de las «Costums» en el ms L son m 45 y m 46, apareciendo sin numerar m 45 bis.

10. Vid supra.

11. Con los datos ofrecidos por García Sanz —*Estudios* cit. 233, 242-243, 245, 266-267— es difícil obtener conclusiones seguras, ya que las posibilidades de identificación se complican por la aparición de erratas. Si aceptamos que en cap 1 de Costums es m 45, para hacer coincidir sus datos tendríamos que contar los capítulos sin tener en cuenta las subdivisiones hechas por el editor del ms. L así coincidiría L 2 con 46 bis, que debería considerarse formando parte de 46; L 3 con m 47; L 4 con m 48; L 7 con m 51 —recordemos que no podemos contar m 46 bis ni desdoblar m 49—, pero así y todo ya no seríamos capaces de hacer coincidir L 9, que claramente se identifica con m 52; es decir, con los criterios adoptados m 52 correspondería a L 10, otro tanto ocurriría con L 13, que debería identificarse con m 57; prescindimos por ello de estas equivalencias.

en la nota 3 de este último capítulo se dice, «Tot aquest capítol manca en D i en N; en FRAUe està unit a l'anterior i hi manca el títol». M 88 tiene dos epígrafes, lo que parece indicar que en el ms. L existían dos capítulos, coincidentes con m 88; pese a ello el editor no ha duplicado el capítulo y cuando llega a su mitad, se limita a reproducir el nuevo título —«De esmena de roba»—, guardando silencio absoluto en el aparato crítico. Si recurrimos a Moliné¹², nos encontramos con que m 88 ofrece una nota 6 que dice: «Empero guarr si (Aqui comensan abdos Codis nou Capítol ab aquestes rubriques): Desmena de roba affer.—*Capítol de conuinensa de senyor de nau a mercader*», lo que demostraría que tanto en el manuscrito mallorquín de Sant Pere (=D), como en el ms. BN 124 de París (=N) existía la misma división que aparece en el ms. L, pero nos mostraría igualmente que si la actual edición nos ofrece un cuadro bastante perfecto del ms. L, no ocurre lo mismo con los demás mss. Es cierto que podemos encontrar muchas noticias sobre la estructura de los restantes mss., fundamentalmente sobre el ms. V¹³, pero a la vista de estos hechos nunca podemos estar seguros de tener no sólo una información amplia, sino también completa. Es suficiente señalar que el editor en m 43 se limita a indicar que el mismo falta en todos los mss., apareciendo dicho capítulo únicamente en la edición princeps, pero nada dice sobre la estructura del ms. D Moliné señala en este capítulo:

«No figura en lo text d'en San Pere aquesta pragmática del Rey en Jaume. Ab la mateixa rúbrica s'hi posà: *Privillegi sobre lo fet del consolat* que son les ordenances de Pere IV de 1343, que en la nostra com en les antigues edicions, se publica a continuació del text del *Consolat*»¹⁴

Igual silencio observa Colon al publicar dichas ordenanzas del Rey Pedro el Ceremonioso —II 263 ss—. Tampoco de los datos ofrecidos en la actual edición en m 46 y 46 bis puede concluirse la existencia de esta misma división en los mss. D y N¹⁵.

12. *Les Costums marítimes de Barcelona universalment conegudes per Llibre del Consolat de Mar* . . . por Ernest MOLINÉ Y BRASÉS (Barcelona, 1914) 49

13. Sin pretender ser exhaustivos vid. m 4, 19, 68, 179, 254, 286, 292, 294, 295, 297, 330 (cont.), 334 n. 1 para el ms. V; cf. además m 177, 270, 309 para otros mss.

14. MOLINÉ, *Les Costums* cit 31. Cf. GARCÍA SANZ, *Estudios* cit 258.

15. Vid. MOLINÉ, *Les Costums* cit. 32. Si acudimos a la edición de Moliné para conocer la estructura de los ms. D y N en m 45 bis, 46 bis, 80 bis, 86 bis, 101 bis, 49, 88, 93, 113 y 334 (utilizamos la numeración de Colon, que coincide con la de Moliné, teniendo en cuenta que los números duplicados son sencillos en la edición de Moliné) tendríamos que el ms. D hace una nueva división en todos estos casos, salvo en m 49, 101 bis y, probablemente 334; el ms. D no ofrece m 86 bis. Las coincidencias entre ms. L y ms. N parecen mayores, aunque Moliné no dé noticias del ms. N en m 45 bis y en m 86

Por las razones indicadas estas afirmaciones deben valer para los restantes manuscritos, como mostrarían los datos que conocemos del ms. V, a través de la edición llevada a cabo por García Sanz del «Orde judiciari»¹⁶. La edición de Colón nada dice sobre aquellos capítulos que se recogen en el ms. V y no se encuentran en el ms. L; es más, si da las variantes del ms. V, referentes a m 45 y 45 bis, guarda silencio sobre el hecho de que, en el ms. V, m 45 se encuentra en el «Orde judiciari»¹⁷. Salvo error, tampoco en esta edición se informa sobre la especial colocación de las «Costums de les naus armades» en el ms. V¹⁸.

A estos hechos se une la utilización de una terminología un tanto ambigua, que hace más difícil conocer la estructura real de los demás mss. utilizados. Así en m 1 n. 1 se dice:

«En aquesta part de l'Ordre judiciari L no conté els títols de les rúbriques. El text del manuscrit F sols comença amb el capítol corresponent a m 39 (vegeu allà nota 18); C comença amb m 8 (vegeu allà nota 3) i A no conté aquest capítol primer (vegeu m 2 nota 1).»

Si acudimos a estos reenvíos, nos encontramos con que m 2 n. 1, dice: «a partir d'aquest mot comencen les lliçons del manuscrit A»: en m 8 n. 3: «a partir d'ací disposem del text de C» y, finalmente, en m 39 n. 18: «a partir d'ací disposem del manuscrit F, vegeu nota 1 del capítol m 1».

Lo que no existe en todas estas notas es una clara indicación de por qué determinados manuscritos sólo comienzan a partir de un determinado capítulo y sólo a partir de dicho capítulo se puede contar con su lección. Ahora bien, el carácter defectuoso de estos mss. respondería probablemente a razones diferentes, ya que sabemos —por otros conductos— que el ms. F es defectuoso en su estado actual, ya que le faltan los primeros folios¹⁹, mientras muy probablemente al ms. A no le falta folio alguno, aunque carezca de m 1. Si tomamos en consideración el papel especial que parece

bis, si Moliné indica la existencia del párrafo, no indica si existe o no otro capítulo. Además, señalemos que m 87 que falta en ms. L, falta también en ms. D, pero existe en ms. N. Finalmente, en ms. D m 166-169 aparecen en el mismo orden que en ms. L. Colón ofrece datos sobre esta división del ms. D o del ms. N en los capítulos siguientes: 45 bis, 49 bis, 93; cf., sin embargo, m 113 n. 18; hay también indicaciones en 101 bis y 334, pero referentes a m.

16. GARCÍA SANZ, *Estudios* cit. 283 ss.

17. Cf. GARCÍA SANZ, *Estudios* cit. 259. «No así, el capítulo o título de les sportades de Alejandría, que contrariamente lo contienen todos, si bien en lugar distinto, pues mientras el códice de La Real lo incluye como capítulo primero de las Costumes de la mar, el de «Sant Pere» y el Font de Rubinat lo sitúan inmediatamente antes de aquéllas, y el de Valencia lo incluye en el Orde judiciari»; alude a los ms. L, D, F y V.

18. Vid. GARCÍA SANZ, *Estudios* cit. 214 s.

19. Vid. GARCÍA SANZ, *Estudios* cit. 264 n. 143 y p. 271.

desempeñar el ms. G por sus variantes²⁰, quizá presente una redacción diferente, aunque será mejor no continuar con estas hipótesis.

Recordemos que se suele decir que faltan determinados capítulos en determinados manuscritos: «el capítol m 19 manca en V» es la forma habitual para indicar estas ausencias en el mencionado manuscrito²¹ y esta misma fórmula se utiliza para aludir a la ausencia de determinada palabra o frase dentro de un capítulo concreto —cf. m 2 n. 9, 3 n. 2—; pero estas ausencias no se deben a una conservación defectuosa de los manuscritos. De aquí debería concluirse que tienen valor diferente la afirmación expresada en m 5 n. 1: «els capítols corresponents a m 5, 6 i part de 7 manquen en A», corroborada en m 7 n. 4: «ací tornem a disposar del manuscrit A (vegeu nota 1 de m 5» y la realizada en m 6 n. 10: «a partir d'ací manca un foli en N, vegeu m 9 nota 12», corroborada en m 9 n. 12: «ací acaba un salt en N el qual comença en el capítol m 6; vegeu allà nota 10».

En m 11 n. 10 se anuncia el comienzo de una laguna en el ms C, que termina en m 26 n. 23 y en m 265 n. 70 se anuncia un salto homográfico, que termina en la n. 87, afirmaciones que nos informan sobre la estructura de los respectivos manuscritos; más ambiguas son las afirmaciones de m 276 n. 27: «ací comença un salt en N; vegeu nota 53», pues en n. 53, se dice: «la tenga rera eyl: manca en N [vegeu nota 27]», lo que parece indicar que no estamos ante una laguna; otro tanto sucede en m 276 n. 113: «ací comença un salt en V, fins al final del capítol. Vegeu nota 173», donde se dice: «Si per aventura [nota 113]. dita: V «E tot ço qui dessús és dit sia entés per tot leny armat de qualque manera o natura sia. E per les rahons dessús dites fon feyt aquest capítol», lo que vendría a indicar igualmente que no estaríamos ante una laguna del manuscrito, sino ante una versión diferente del mismo capítulo.

A la vista de estos datos se comprenderá igualmente por qué resultan totalmente insatisfactorias aclaraciones como las contenidas en m 39 n. 12: «a partir d'ací i fins el capítol m 55 manca el text de C», sin que en m 55 se indique haberse recuperado el manuscrito²²; en m 195 n. 81: «Des d'ací fins a la fi del capítol m 196 manca el text de P», indicándose en m 197 n. 1: «A partir d'ací disposem una altra vegada de les lliçons de P»; en m 239 n. 51: «A partir d'ací fins al començament del capítol m 276 no disposem del text del manuscrit U», afirmándose en m 276 n. 4: «a partir d'ací dispo-

20. Vid. supra.

21. Vid. supra n. 13.

22. Salvo error no se vuelve a mencionar ninguna variante de C hasta m 109, donde reaparecen sus variantes sin decirse nada y con una cierta frecuencia vuelven a desaparecer las variantes de C en m 113, 114, 115 y 116 para reaparecer en m 117, sin que exista indicación alguna sobre este fenómeno. A partir de m 124 las lecciones de C se reservan a un apéndice. Una prueba indirecta de lo que hemos indicado puede encontrarse en las numerosas veces en que se mencionan todos los mss, en una misma nota, no citándose el ms. C; nos limitamos a recoger el testimonio más claro, m 104 n. 2: «[o]: En L lectura difícil; sembla dir-hi o com en DNAUe; manca però en VFP». Puede constatar ese silencio inexplicable sobre el ms C.

sem de nou del text de U»; en m 290 n 447: «saul: *ací comença un salt en C [vegeu nota 463]*» y en 290 n. 450: «Si eyl no.s volrà ne senyoria vol: *aquests mots manquen en V, on hi ha un salt d'una pàgina; vegeu nota 463*», ambas aclaradas en m 290 n. 463: «si eys...tolguéran: *manca en V (vegeu nota 450); saul en aytant tolguéran: manca en C (vegeu nota 447)*»; y, finalmente, en mp O n. 1: «de F solament tenim text a partir de mp 36», que se aclara en mp 36: «a partir d'aquest capítol tornem a disposar del text de F».

Si tomamos en consideración todas estas notas, creo que debe llegarse a una conclusión: salvo en aquellos casos en los que el editor habla claramente de la existencia de una laguna, de la falta de un folio o de un salto homográfico, no podemos saber con certeza si las ausencias indicadas en los demás casos o se deben a un defecto del manuscrito, por carecer de algunos folios, o a un texto defectuoso, como consecuencia de un despiste del copista, o, finalmente, a un texto diferente; es indudable que la valoración de la tradición textual difiere mucho en atención a la opción elegida.

Esta inexistencia de una unificación de criterios se refleja igualmente a través de toda la edición en las noticias ofrecidas, sea en el texto, sea en el aparato crítico, aunque quizá en este caso esta falta de unidad no afecta a nuestro conocimiento del ms. L. La introducción que acompaña a la edición es parca en noticias, pues prácticamente se limita a dar las siglas de los manuscritos utilizados y de la edición princeps, a señalar que se ha adoptado el orden establecido en el «Llibre» por la imprenta y a señalar brevemente los criterios seguidos en la edición:

«En l'establiment del text hem respectat escrupulosament la lliçó del manuscrit bàsic, hem resolt les abreviatures tot marcant en cursiva les lletres restituïdes: hem accentuat i puntuat segons les normes actuals. Ha estat regularitzat l'ús de les majúscules, el de *v* i *u* i el de *j* i *i*. Amb el punt volat indiquem les elisions que avui no tenen representació gràfica e els casos d'aglutinació de les partícules pronominals *y* i *u* amb el mot anterior» —I 12-14—.

Ahora bien, el problema está en precisar qué se entiende por respetar escrupulosamente la lección del manuscrito básico; puede pensarse en que el editor reproducirá el manuscrito, salvando en el aparato crítico las erratas, repeticiones, etc., o bien puede pensarse en que ofrecerá un texto corregido, dando en el aparato crítico la lección exacta, aunque equivocada, del manuscrito. Pues bien, nos parece que el editor no ha respetado ninguno de estos dos criterios, sino que los ha utilizado a la vez, vinculado a las aportaciones de sus diferentes colaboradores.

Antes de nada digamos que el editor ha introducido también una serie de signos, que no siempre son utilizados con el mismo valor por los diferentes editores, sin aclarar el que les concede; en líneas generales nos parece que ha utilizado los signos introducidos con el siguiente valor: paréntesis cuadrados —[]— para incluir las adiciones realizadas en el texto;

angulos —<>—, para incluir las palabras o frases que deben excluirse del texto; en una ocasión se han empleado los paréntesis redondos —()— con esta finalidad; el término *sic*, para aludir a una palabra o frase en el texto que debe ser corregido; además emplea a veces las abreviaciones *cons. mss.* o *cons. trad.* para aludir a un consenso de los manuscritos o de la tradición.

Al ser la obra el resultado de una labor colectiva, donde, al parecer, no se han unificado los criterios, se comprende fácilmente que esta disparidad se ofrezca a lo largo de toda la edición, por lo que nos limitaremos a dar ejemplos de la misma.

Comenzaremos por fijarnos en la suerte corrida por un determinado vocablo y al criterio utilizado para las adiciones en un mismo capítulo.

En m 200 aparece el término *esp[ar]agol*, donde se ha suplido la sílaba —ar—, recogiénosc en n. 5 las variantes de los diferentes manuscritos. Notemos que si el ms. L falta el signo de abreviación de —ar—, siendo estas dos letras introducidas por el editor y colocadas por ello entre paréntesis cuadrados, no hay ninguna razón para utilizar las cursivas. Dicho sea como inciso: en m 194 aparece «*axí com*», aclarándose en la n. 44: «*El signe d'abreviació manca en L*». Volvamos al término «*esparagol*». En m 251 se mantiene por dos veces en el texto «*espagol*», recogiénosc en las n. 9 y 18 las variantes textuales. Finalmente, en m 277 aparece la forma «*esparagol*», recogiénosc en n. 2 las variantes. Es decir, en la edición se mantiene en una ocasión el texto del manuscrito, con la palabra correcta —m 277—; en otra ocasión se mantiene el texto del manuscrito, pese a aparecer una forma incorrecta —m 251— y, en una tercera ocasión se corrige el texto del manuscrito, de acuerdo suponemos con m 277, para poder ofrecer en la edición la forma correcta de la palabra —m 200—.

De más difícil interpretación será el ejemplo siguiente, ya que no se puede negar el derecho del editor de elegir las formas que considera más correctas, pero se le puede reprochar el que no ofrezca todos los datos necesarios, que permitan comprender su criterio. En m 113 aparece un párrafo con bastantes problemas:

«*deu donar tot hom de X quintars en avayl de nolit de la persona que no pot ésser per mercader que de XX basants en avayl que dó de nòlit*»

Las notas que interesan son las siguientes: n. 8: «*tot hom: [en L hom ofegí qui por damunt el rengló]*; en n. 11: «*la. V "la sua" [en L una mà posterior afegí sua damunt el rengló]*»²³; en n. 16: «*de: [afegit en L]*». Como puede verse, mientras «*qui port*» y «*sua*» no se incorporan al texto de la edición, se ha incorporado «*de*»; nos encontramos ante tres adiciones,

23. Cf., por ejemplo, m 101, donde se incluye en el texto: «*en terra*» y en nota se aclara: «*en L afegit entre ratlles per una mà posterior, manca en tota la tradició*».

que sólo en un caso se ha identificado con una mano posterior. Más adelante, en este mismo capítulo, aunque probablemente en el ms. L formaba otro capítulo, se afirma «o altre qui lo senyor o l'escrivà», aclarándose el origen de esta frase en n. 29: «o altre qui lo senyor o l'escrivà: [afegit en L damunt la ratlla per una altra mà; aquests mots manquen en DFNAUe]; o l'escrivà: manca en P».

Esta falta de unidad se deja ver en una serie de anotaciones críticas que no parecen responder a ningún criterio fácilmente identificable. Recordemos que Colon se propone una edición fiel del ms. L, pero nos encontramos con que a veces se mantiene en el texto de la edición la lección errada del manuscrito, corrigiéndose la misma en el aparato crítico, y otras veces se corrige en el texto de la edición la lección errada, que se da en el aparato crítico; además, y es una dificultad nueva, a veces se guarda silencio en el texto sobre la existencia de una tal errata —sea que se salve o no en el mismo texto—, mientras en otras ocasiones se anuncia el mantenimiento de tal errata en el texto de la edición con la indicación *sic*.

En m 48 n. 17 se mantiene en el texto la lección errada, y en la nota se indica: «*cons. mss.*: "complida per fer compliment" (errada de L)», pero en m 112 se incorpora al texto la frase «o en freu» y en n. 7 se indica: «freu [hom llegeix a L fru o bé feu]», es decir, en el primer caso se ha mantenido la lección errada del ms. L, corrigiéndose en el aparato crítico, mientras en el segundo caso se ha corregido en el texto la lección errada del ms., que se reproduce en el aparato crítico; pero en ninguno de los dos casos se ha hecho una llamada expresa en el texto sobre tal errata.

Veamos ahora ejemplos con *sic*. A veces se recoge en el texto la lección equivocada, así «tots lals (*sic*)», en m 104, aunque en n. 21 se indique: «lals: *consens trad.* "los"»; o en m 66 «farà axgua (*sic*)», y en n. 53: «*cons. mss.* "aygua"»²⁴; sin embargo, en m 160 aparece «en grollff (*sic*)» y en m 187 «Enguanysosament (*sic*)», sin que se intente salvar esta errata²⁵.

En algunos casos, además, la utilización de estos signos puede parecer un tanto extraña, ya que se recoge en m 86 n. 276 «senor (*sic*)», mientras en m 263 n. 157 y en m 291 n. 64 aparece «se[n]yor». Señalemos que no se trata de la misma errata, pero indiquemos también que la —n— no parece elidirse siempre, como mostraría p. ej. m 268, aunque en determinados casos se elida. Además recordaríamos que en m 232 n. 51 se recoge «lenny qui restarat (*sic*)», que se corrige en la citada nota indicando: «restarat: *cons. trad.* "restaurat"», mientras en m 195 n. 87 nos encontramos con «l'aver resta[u]rat», con una única indicación en la mencionada nota: «sobre l'aver restaurat: manca en D». ¿Debemos deducir, entonces, que la res-

24. Cf. m 66 n. 24, donde aparece «paramijal» en el texto y en la n. se indica: *cons. mss.* «paramigal»; en el catalán actual paramitjal.

25. Vid. m 252, 253 y el mismo m 187 para una posible corrección. Cf. la edición de Moliné, que testimonia que tanto ms. D como ms. N presentan una redacción correcta.

tante tradición manuscrita ofrece también «restarat» o debemos entender que ofrece «restaurat»²⁶.

No insistimos en este punto, ya que puede pensarse que tal advertencia —*sic*— no alude siempre a formas erradas, sino simplemente a formas que se consideran no habituales. Podría así pensarse que en el epígrafe de m 219 «la sa (sic) nau o lo seu leny» se está llamando la atención sobre una forma reducida del posesivo colocada al lado de una forma plena, pero si se tiene en cuenta que al comienzo de este capítulo se repite «la sua nau o.l seu leyn», no se acaba de entender por qué no se han utilizado los paréntesis cuadrados: «la s[u]a nau», como se ha hecho frecuentemente. En todo caso no acabamos de entender por qué en m 135 n. 3 se señala «nau: F "nu" (sic)», mientras en m 284 n. 19 se indica «na[u]».

Si, como hemos indicado, en estos casos en los que se anuncia la existencia de una errata con *sic* a veces se salva ésta en el aparato crítico, mientras en otras ocasiones nada se dice, también podemos encontrar la misma ambivalencia a la hora de proceder a la corrección de la palabra recogida en el texto.

Hemos aludido a la utilización de paréntesis cuadrados, para incluir palabras, sílabas o letras que faltan en el texto del ms. L; así ocurre, por ejemplo, en m 29 —sálvese la errata o en el texto o en el aparato crítico— n. 5-6, donde se recurre a la lección de otros manuscritos, para completar el texto ilegible de L. Sin embargo, debido a una extensa laguna en m 89, se indica que lo comprendido entre n 30 y n. 94 bis ha sido tomado del ms. D, pero no se encierra entre paréntesis cuadrados, cosa que sí se hará en este mismo capítulo m 89, cuando en la n. 309 se indica que se vuelve a tomar de D y se coloca lo incorporado entre paréntesis cuadrados. Práctica habitual en estos casos es la incorporación de algunas letras e incluso sílabas, sin indicar en la mayoría de los casos la razón de la corrección. Así m 46 bis n. 7: «pal[egri]» y en m 53 n. 6 «[hau]rà»²⁷. Es cierto que en m 46 bis n. 7, se recoge la variante del ms. P, pero es por presentar en un orden diferente las palabras; este hecho tiene mayor importancia de lo que a primera vista parece, pues o puede entenderse, al no darse la razón de la corrección, que en todos los casos en que se realice, los demás manuscritos ofrecen la misma errata, o que en tales manuscritos aparece la lección exacta, que sirve para corregir al ms. L, o que no se dan siempre todas las variantes; puede argumentarse que estamos en estos casos ante variantes sin importancia, pero en m 85 n. 21 «havia[n]» se indican las variantes existentes; probablemente estas variantes se dan no por la aparición o no de la —n final, sino simplemente para testimoniar formas diferentes del verbo. Y otro tanto quizá suceda en m 144 n. 132 «[a] aquel»; pero de todas formas no terminamos de comprender por qué en m 195 n. 94 se incluye «[del] nautxer», justificándose en la nota 94: «del

26 Si damos fe a la edición de Moliné, el ms. D ofrece «restaurat».

27. Según Moliné el ms. D ofrece la forma entera, pero además ofrece «pelegri» y no «palegri».

manca en L, *corregim segons el consens de la tradició*; DVNCU "del"; FA "de"; e "dell"», mientras, por ejemplo, en m 135, en el epígrafe, se añade «o en [leny]», sin justificación. Para una mayor claridad examinemos lo que sucede en m 286: «per rahó [del] dit conservatge», señalándose en n. 10: «del dit conservatge: F "de la dita conserva"». O una de dos, o se ha introducido «del», basándose en la tradición textual, aunque no se mencione tal hecho, o además de F, los demás manuscritos ofrecen un texto diferente, aunque no se haga constar; lo que sí parece evidente es que no se ha observado el mismo criterio en m 195 y en m 286, pese a que en ambos casos sea la misma palabra la introducida: «del»²⁸.

Los ejemplos podrían aumentarse fácilmente, pero vamos a dar solamente uno más, ya que incide en un mismo supuesto. En m 299 aparece «com ha[n] guanyat», aclarándose en n. 5: «ha[n]. L té el verb en singular, com també FNAC, *corregim d'acord amb DVPUE*». En m 290 aparece «no volra[n] pagar» y en n. 486 se aclara: «volra[n]: L "volrà" (*corregim d'acord amb el cons. trad.*)». Finalmente m 297 ofrece «los dits mariners atendra[n] o hauran ateses», pero en n. 76 el editor se ocupa únicamente de variantes de «ateses», guardándose silencio sobre la corrección hecha en «atendran». ¿Se hizo tal corrección con el apoyo de la tradición textual? ¿Todos los mss. ofrecen en este punto la misma errata del ms. L?²⁹

Estas correcciones pueden ser, por las razones apuntadas, muy discutibles. Posiblemente la restauración en m 207 n. 1 de «p[er]drà» es fácilmente comprensible por la elisión habitual de —er—³⁰, pues aún sin base textual debe excluirse la posibilidad de un pro—; pero en todo caso el silencio del editor permite cualquier elucubración. En m 211 n. 16 nos encontramos con un «com[an]datari». Ahora bien, si normalmente se encuentra en el ms. L «comandari», no es ésta la única forma testimoniada; así en el epígrafe de m 212 y m 213 aparece «comendatari» y «comendataris».

Para terminar un ejemplo más: en m 235 aparece «promet[r]à» y en la n. 65 se indica: «promet[r]à: DVFNPAUE prometrà». Es decir, toda la tradición manuscrita presenta «prometrà», salvo el ms. C, que coincide con el ms. L. ¿Debe entenderse entonces que, en los demás casos, cuando no se hacen tales aclaraciones, corrigiéndose el texto sin apoyatura textual, coinciden todos los mss. en la lección exacta, que se corrige en el ms. L? Las indicaciones ofrecidas hacen dudar mucho de esta solución. Además esta falta de unidad de criterio testimonia la dificultad de utilización de esta edición para conocer las faltas comunes en los diferentes manuscritos.

Hemos ya señalado que los ángulos son utilizados por el editor para incluir dentro de los mismos aquellas palabras o frases del texto que, por repetidas o innecesarias, deben suprimirse. Así en m 275 aparece «Emperò, és axí a entendre: que si la nau o el leny és noliejat a escar e <si la nau

28. En la ed. de Moliné el ms. D en m 286 ofrece «del dit». Pero el epígrafe de m 135 es diferente en D y N.

29. Según la ed. de Moliné, el ms. D en m 297 ofrece «atendran».

30. Nos limitamos a reenviar a m 214 n. 15, donde también se suple.

o el leny és noliejat a escar e>», guardando silencio sobre este punto el aparato crítico; en m 263 «se acordaran que aquella nau o aquell leny que aquell mercader qui mort serà, <se acorderan que aquella nau no aquell leny que aquell mercader qui mort serà>»³¹, indicándose en n. 119: «se acordaran (segona vegada) ..serà: manca en el cons. trad. i és sobrer en L» o en m 275, «la dita <la dita>», donde el aparato crítico guarda igualmente silencio; frente a esto m 99 dice «ab consell del nautxer», aclarándose sólo en n. 36: «del: repetit en L», pudiéndose aumentar fácilmente estos casos donde las repeticiones se salvan únicamente en el aparato crítico —vid. p. ej. m 89 n. 281; 94 n. 96; 195 n. 41; 201 n. 1; 237 n. 56—.

En m 202 aparece «aquella nau qui primer serà ormajada ne entrada sostendrá alcun dan, aquella (nau qui primera sera ormajada ne entrada sostendrá alcun dan aquella)», señalándose en n. 70: «En L els mots entre parèntesis semblen sobrers; la lliçò és la mateixa en D però, en lloc d'ormajada hi diu noliejada. Als altres manuscrits manca»; como puede comprobarse aquí no se utilizan los ángulos, sino los paréntesis redondos.

Queremos terminar este apartado haciendo mención de la abreviación *cons. trad.* o *cons. mss.*, abreviación que tampoco se ha aclarado, pero que hace alusión a un consenso de la tradición o de los manuscritos, como alguna vez se indica claramente en el aparato crítico. Así en m 101 n. 8 se dice: «en terra: en L afegit entre ratlles per una mà posterior, manca en tota la tradició». Esta alusión a toda la tradición confirma un hecho que ha podido verse ya en las citas que hemos hecho: cuando se invoca la tradición o el consenso de los manuscritos no siempre ello significa que todos ellos estén de acuerdo con una determinada lectura. También en esta invocación del consenso parecen haberse utilizado diversos criterios.

Recuérdese que en m 235 n. 65 se invocaban DVFNPAUe para corregir el texto de L, pero se guardaba silencio sobre el ms. C. ¿Ofrecía la misma errata del ms. L? La solución opuesta aparece en m 309 n. 32: se corrige en el texto, como hemos visto, la lectura del ms. L, pero en el aparato crítico se recoge la lectura errada según los mss. DVFCPAUe, guardándose silencio sobre el ms. N. ¿Tendría este ms. la lectura correcta, según la cual se corrigió el ms. L, aunque no se diga nada? Veamos ahora m 239 n. 75: «a par[ar]: en L solament a par, corregim d'acord amb la tradició; DFNAe "a parar"; V "a pagar" (la g ha estat corregida en r per la mateixa mà); P "a pagar"». Aquí la tradición no es unánime, pero además cabe preguntarse por la lectura del ms. U, ya que para la lectura del ms. C hay un reenvío al apéndice³².

Si puede haber dudas sobre si era o no necesario mencionar estos manuscritos que faltan, hay casos donde, evidentemente, tiene que afirmarse que las variantes ofrecidas no son todas. Así en m 296 n. 55: «totes les altres

31. Debe haber una errata, ya que aparece impreso en el texto, en la segunda ocasión: acorderan. Aclaremos que en m 275 n. 26 se dice: «<si la nau .. e>: manca en CPAe» n. 25

32. Pueden aumentarse fácilmente los ejemplos.

personas: L "totes les altres personers" (*errada que corregim d'acord amb el sentit; la resta de la tradició tampoc no és gens segura*); VN «totes altres persones»; FPAUe "tots los altres personers"». El silencio en este caso sobre los mss. D y C es inexplicable³³. Procedimiento que se hace más evidente, ya que en otros casos, al corregir otra errata de L, se indica —así m 290 n. 157— «*corregim d'acord amb el sentit i la lliçó de VCPA*; DUe "si que la"; F "si que ha"; N "sia"»³⁴. Además si normalmente se encuentran afirmaciones como las de m 123 n. 3 «*de: cons. tra. "e de"*» o como las de m 56 n. 79: «*del: manca cons. mss.*», la aparición de frases como las de m 300 n. 2 «*errada del manuscrit bàsic, que corregim d'acord amb tota la tradició*» o m 300 n. 11: «*errada que corregim, d'acord amb tota la tradició*», pueden provocar dudas sobre el alcance de las formas más simples, a la vista de la aparición de datos incompletos en algunos casos. Menor importancia tiene, sin embargo, que al lado de esta fórmula abreviada —*cons. trad., cons mss*— aparezca ocasionalmente la mención de todos los manuscritos con sus abreviaturas, como ocurre en m 305 n. 10.

Como algo puramente anecdótico mencionemos algo que no he logrado comprender y que puede encontrarse con una cierta frecuencia sobre todo a partir de m 300. Fijémonos en este capítulo, cuando se afirma «que estrena de *V besants*». Sabemos que el editor desarrolla las abreviaturas mediante cursiva. ¿Cuál es entonces la abreviatura de *besants*?

Las conclusiones que se pueden obtener del análisis precedente son las siguientes. En primer lugar, un lector atento de esta edición, que no dé fe ciega a los distintos signos utilizados por el editor en el texto de su edición y esté siempre atento al aparato crítico, podrá reconstruir, dentro de los límites señalados, el ms. L, manuscrito básico de la presente edición. En segundo lugar, los datos ofrecidos por esta edición no permiten reconstruir los demás manuscritos del «Llibre» por razones diferentes: a) las noticias ofrecidas en el aparato crítico son a veces de una tal ambigüedad, que difícilmente permiten llegar a una conclusión segura; b) si son muy numerosas las noticias ofrecidas sobre los demás manuscritos, no son sin embargo completas, con lo que se construiría sobre bases falsas.

Para terminar, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, volvamos de nuevo sobre la estructura del ms. L. Señalemos un hecho: la foliación ofrecida por Garcia Sanz no coincide con la existente en la edición; prescindamos de ella y quedémonos con los datos esenciales. Si no tomamos en consideración los primeros folios, donde aparecen adiciones posteriores, nos encontraremos con que a partir del fol. 11 v.º se encuentra el núcleo fundamental de este manuscrito, núcleo que aparece precedido de una nota, que interesa reproducir:

33. Cf. la edición de Moliné, donde el ms. D parece ofrecer la misma lección de los mss. VN.

34. Cf. también, p. ej., m 299 n. 5.

«Lo present Libre de Capítols del Consolat de Mallorques fo comensat en l'any de la nativitat de nostre Senyor M.CCC. huytanta sinch... e finat e acabat a XX e tres de mars del dit ayn. Deo Gratias».

A continuación aparece una tabla de rúbricas o capítulos del mencionado Libro, el «Orde judiciari», las «Costums de la mar», las «Costums de les armades», los «Capítols del rey en Pere» y siete documentos; todo este material procede de una misma mano y ha sido escrito a doble columna. Hay otras adiciones debidas a manos posteriores, unas incluidas entre la tabla de rúbricas y el «Orde judiciari» y otras colocadas a continuación de los siete documentos mencionados³⁵. Como conclusión de esta descripción hecha de forma más detallada dice Garcia Sanz «De la descripción que precede se desprende claramente que el «Llibre de capítols del consolat de Mallorques» es propiamente el comprendido entre los folios 11 verso a 198 recto, siendo todo lo demás elementos adventicios, muchos de ellos añadidos con posterioridad a la confección de aquél»³⁶. Sin embargo, Garcia Sanz no da explicación de esta afirmación, que parece tener su fundamento en la tradición del «Llibre», pues no explica por qué los siete documentos citados, escritos «a dos columnas y con la misma letra que el libro del Consulado»³⁷ no deban incluirse dentro del «Libre de Capítols del Consolat de Mallorques». Recordemos una muy interesante afirmación de Capmany, negando que el título del «Llibre del Consolat de mar» sea éste, «pues el primero y segundo impreso lemosín no dice *Libro del Consulado*, sino *de Consulado*, como quien dice: libro apra los consulados»³⁸. Ahora bien, este libro para el consulado recogería todos aquellos materiales jurídicos, que interesaban a cada uno de los consulados; en este sentido, dentro del «Libre de capítols del Consolat de Mallorques» no debe incluirse solamente lo que se considera contenido tradicional del «Llibre del Consolat», sino también, según parece, los siete documentos mencionados, así como las adiciones posteriores, incluso aquellas colocadas antes del título. Se comprende así que tengamos que lamentar la no edición de la mencionada tabla de capítulos, que nos podría dar interesantes indicaciones sobre el contenido del «Libre de capítols del Consolat de Mallorques», en el momento de su redacción.

Si no erramos en nuestras apreciaciones nos parece que la tarea más importante no radica en editar críticamente el texto del «Libre del Consolat de Mar», que, en cuanto tal, sólo ha nacido con la imprenta; la inexistencia de los «Capítols del rey en Pere» en algunos manuscritos³⁹ y

35. GARCÍA SANZ, *Un nuevo* cit. 636 ss.

36. GARCÍA SANZ, *Un nuevo* cit. 638.

37. GARCÍA SANZ, *Un nuevo* cit. 637.

38. *Libro del Consulado del Mar* Edición del texto original catalán y traducción castellana de Antonio de Capmany. Estudio preliminar por José María Font Rius (Barcelona 1965) 42.

39. Vid. ed. de Colon II 263 cf. GARCÍA SANZ, *Estudios* cit. 258.

el distinto orden de aparición de los elementos, que se consideran formando parte habitualmente del «Llibre del Consolat de Mar»⁴⁰ encuentran su explicación en ser estos «Llibres del Consolat» colecciones facticias, que resumen todos aquellos elementos que, en el momento de su redacción, interesan a un determinado consulado; ofrecen así una masa común —lo que podríamos llamar el «Llibre» traslaticio, aunque no sea siempre idéntico en todos estos «Llibres»— y una masa propia de cada uno de estos consulados, aunque quizá pueda ser recibida ocasionalmente en otros «Llibres». Si esto fuese así, se tendría que afirmar que toda reducción de estos manuscritos a los elementos esenciales de lo que hoy conocemos como «Llibre del Consolat de Mar» es un acto arbitrario, ya que tal «Llibre del Consolat de Mar» ha nacido, podríamos decir, con la imprenta.

La tarea que se impone es la edición crítica de los diferentes elementos que se han recogido fácticamente en la compilación dada a la imprenta, tras las correcciones de Francesc Celedes⁴¹. No olvidemos que en el ms. L, el «Orde judiciari» y los «Capítols del rey en Pere» carecen de rúbricas y numeración; las «Costums de les armades» tienen rúbricas, pero carecen de numeración y, finalmente, las «Costums de la mar» es el único elemento dotado de rúbricas y numeración⁴². Unase a todo ello que tras las «Costums de les armades» aparecen en este manuscrito L un colofón: «Ffacta fine pia laudetur Virgo Maria», colofón que se encuentra en los mss. D, N y U, pero que falta en FCP —II 261—. Por desgracia se vuelve a guardar silencio sobre el ms. V, ya que si también apareciese en él este colofón, su aparición tendría una gran importancia, ya que mostraría que el mismo pertenece no a las «Costums de la mar», entendidas como resultado de la unión de las «Costums de la mar», en sentido estricto, y de las «Costums de les armades», sino que sería propio y exclusivo de estas últimas «Costums», como también demostraría este hecho el que la numeración que aparece en m L es propia y exclusiva de las «Costums de la mar». Dentro de este mismo orden de ideas, es decir que el colofón no puede abarcar todas las obras que están colocadas antes del mismo, podía invocarse el caso del ms. D, pues en éste los «Capítols del rey en Pere» aparecen entre el «Orde judiciari» y las «Costums de la mar», abarcando bajo este título las dos «Costums» mencionadas, mientras en el ms. L los «Capítols del rey en Pere» van a continuación de este colofón⁴³. La identidad entre este colofón del ms. D y el del ms. L parece clara, aunque en el ms. D se amplíe con el nombre del escriba.

Si esto fuese así, la unión entre «Costums de la mar» y «Costums de les armades» sería también una unión fáctica y tardía, ya que todavía en los mss. conservaban su propia independencia, sin entrar ahora a discutir los

40 GARCÍA SANZ, *Estudios* cit. 264 ss.; 258-259.

41. Vid. FONT RIUS, *Estudio* cit. en CAPMANY, *Libro* cit. XLVIII.

42. GARCÍA SANZ, *Un nuevo* cit. 637.

43 Vid. FONT RIUS, *Estudio* cit. en CAPMANY, *Libro* cit. XLVII-XLVIII.

problemas que puede plantear la estructura del ms. V⁴. En este sentido debe destacarse igualmente que si las «Costums de les armades» carecen de numeración en el ms. L, es decir, si se consideran independientes de las «Costums de la mar», dentro de su articulado parece poderse distinguir dos apartados diferentes, uno que comienza con el m 298: «Asi parlem de les naus armades et de les galeas et de les segetis com deuen pagar a aquels qui ab cyla hiran» y termina en el cap. 305 y otro que comienza en el m 306 «De costumes de naus armades e de galeas. Así comensen les costumes dels cors, so ès a entendre de nau o de leyn de rems» y termina en m 334.

Ahora bien, resolver el problema de la formación de todos estos elementos y de la formación fáctica del «Llibre del Consolat de Mar» requiere un conocimiento más profundo de los manuscritos. De aquí el interés con el que esperamos la aparición del tercer volumen, donde García Sanz desarrollará, probablemente, todas sus ideas sobre esta materia, ideas sugestivas, aunque no puedan suscribirse en toda su extensión.

Todas estas observaciones de muy diferente valor, y otras más que se pudieran hacer, corroboran la afirmación realizada por algún ilustre editor de que todas las ediciones críticas merecen tal calificativo, mientras nadie lleve a cabo los correspondientes cotejos; esta afirmación no debe valorarse desde una dimensión negativa —todas las ediciones críticas son defectuosas—, sino desde una dimensión positiva —ninguna edición crítica es perfecta—; es tal el cúmulo de problemas que encierra toda edición crítica de una obra, conservada en diferentes manuscritos, que es imposible pretender la obra perfecta, si es que puede ser alcanzada alguna vez por el hombre. Al mismo tiempo que expresamos nuestra esperanza de que nuestras observaciones sirvan en alguna medida para mejorar en el futuro esta edición, debemos dejar constancia del enorme esfuerzo empleado para ofrecernos esta nueva edición del «Llibre del Consolat de Mar», que supone un relevante paso adelante. A partir de estos momentos los historiadores del derecho cuentan ya con un nuevo instrumento de trabajo, mucho más perfecto que los existentes hasta hoy, que mediante su empleo, dentro de los límites indicados, permitirá, así lo esperamos, obtener frutos importantes en el estudio del derecho mercantil marítimo.

Las fundaciones «Salvador Vives Casajuana» y «Noguera» merecen todo nuestro agradecimiento por haber asumido tan excelente edición del ms. L del «Llibre del Consolat de Mar» y confiamos que sus esfuerzos irán dirigidos a perfeccionar obra tan importante con una pronta edición del último volumen, que será hecha, así lo esperamos, con la misma pulcritud y cuidado con los que se han realizado la edición de los dos primeros volúmenes

Granada, 15 de octubre de 1982.

AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS

44. Vid GARCÍA SANZ, *Estudios* cit 264 ss.

KAGAN, Richard L.: *Lawsuits and Litigants in Castile, 1500-1700*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1981. XXIV + 274 págs.

Presenta, ante todo, la virtud este estudio de introducirse en un terreno prácticamente inédito para el caso de Castilla y de indudable interés para el conocimiento de la sociedad de los siglos XVI y XVII: el terreno de la administración de justicia, abordado aquí desde la perspectiva sociológica inicial de las partes que confían la resolución de sus conflictos a tribunales y profesionales del derecho; persiguiéndose con ello, explícitamente, una sociología de la litigiosidad, y no especie alguna de historia jurídica; una historia social, y no capítulo alguno de una historia de la jurisprudencia. Con análogo criterio, el autor ya se ha ocupado —y con mayor fortuna a mi juicio, puedo adelantar— del estudio de las instituciones educativas de la misma sociedad, estudio ahora precisamente traducido al castellano (*Universidad y Sociedad en la España moderna*, Madrid 1981).

En el actual, como tal sociología de la litigiosidad, se abordan primariamente, con planteamientos comparativos, cuestiones interesantes al funcionamiento de los tribunales, la práctica de la abogacía o el desenvolvimiento de los pleitos, ofreciéndose un cuadro realmente vivo de las relaciones entre la sociedad castellana moderna y su administración judicial, pero un cuadro también —con la irregular documentación colacionada y su acercamiento remarcadamente externo a este mundo del derecho— impresionista en cuanto a sus datos e intuitivo en cuanto a sus valoraciones, pese esto a sus mismos esfuerzos, a dichos efectos comparativos, de tipificación y de determinación de proporcionalidades.

Ya de por sí, en este caso, esta metodología no puede dejar de resentirse de la carencia de una historia más estructural o institucional de la respectiva administración de justicia, y aun del mismo derecho sustantivo implicado, donde habría de situarse la materia, precisándose sus conceptos. Consciente, a su modo, de ello, Kagan parece en momentos imponerse la labor de pergeñar dicha historia, lo cual, evidentemente, escapa tanto a sus objetivos como a sus posibilidades, dedicándole páginas poco estructuradas incluso a su mismo objeto sociológico.

Así, por ejemplo, hablando de caos y de laberinto, no consigue precisar mínimamente las competencias de los diversos tribunales respecto a los que quiere estimar tendencias e índices de litigiosidad, ignorándose el grado en el que sus alteraciones pueden también depender de las modificaciones de dichas competencias y no ser por tanto directamente significativas para tal sociología, la cual puede resultar aún más precaria por cuanto que, dentro del entramado judicial de la época, algunas jurisdicciones, como la mercantil, se excluyen expresamente de la categoría de litigiosidad, y otras, como las eclesiásticas y señoriales, no entran prácticamente tampoco en su compo-

sición, reduciéndose de hecho al supuesto de la jurisdicción real, cuyos índices llegan a compararse con los correspondientes a sociedades que ya no conocen aquellos otros tipos de jurisdicciones no menos contenciosas. Esta jurisdicción real se presenta como agente de una verdadera «revolución jurídica» en la época, pero ello, aunque la idea se aceptara, no puede justificar tan sustancial reducción.

Kagan, con toda honestidad, no dejaba de anunciar, según decíamos, que no le ocupa la historia jurídica, habiéndola de tocar tan sólo en lo que estrictamente pudiera interesar a su historia social; mas puede legítimamente preguntarse si, en una materia como ésta, tal interés, y por tanto la necesidad de una competencia más específica, no resulta a la postre muy superior a lo presumido. Otra investigación paralela sobre el tema, procedente ésta del ámbito de la historia literaria (Jean-Marc Pelorson, *Les Letrados: juristes castillans sous Philippe III. Recherches sur leur place dans la société, la culture et l'Etat*, Poitiers 1980), resistiéndose igualmente al estudio intrínseco del derecho, o más en concreto de la obra intelectual o doctrinal de los juristas, ha visto también frustrado su propósito de determinar y analizar socialmente las funciones jurídicas en dicha época y lugar.

En dicha dirección, Kagan, no contentándose tan sólo con detectar e intentar medir la litigiosidad, también se interroga por los factores que concretamente la provocan en la sociedad castellana moderna, destacando entre ellos justamente algunos de entidad jurídica, cual el del arraigo social de instituciones tan conflictivas como el mayorazgo, o cual el de la necesidad económica de un régimen de contratos que supiera sortear la prohibición canónica de la usura, y obligándole ello a interesarse más de cerca por una cultura jurídica que posibilitaba o alimentaba estas complejidades institucionales sin detrimento de su incidencia social. Mas, en la línea indicada, finalmente, aun con su propio epígrafe, la cultura jurídica brilla aquí también por su ausencia, reduciéndose a unas pocas referencias exteriores, y no sin algún error, la consideración de aquella labor propiamente culta de los juristas que habría justamente de asistir a la comprensión de la susodicha litigiosidad, o a la precisión de su sociología, y ello pese a que esta investigación de Kagan también se dirigía, en principio, al estudio de la figura de los letrados, modificando luego, según explica, sus planteamientos. Cabe la sospecha de que, en estos casos, la sociología sea una vía de escape de los rigores de la historia.

Esta sociología jurídica la encierra Kagan en una primera parte de su estudio, a la que brinda título aquella «revolución jurídica» que ha de recordarnos forzosamente la fórmula análoga de «revolución educativa» en la España del xvi aplicada en su anterior investigación, ya aludida; y ahora también, como entonces, representa Kagan una evolución ulterior en términos de regresión que, bajo el título de «devolución en Castilla», constituye la segunda parte del presente trabajo. En ella, a mi entender, olvidada un tanto la sociología, se encuentran los apartados más valiosos de todo el volumen, reflejándose muy expresivamente, si no una regresión verdaderamente general de la

administración de justicia, al menos un proceso de notable decadencia de la Chancillería de Valladolid, en beneficio en principio del Consejo de Castilla radicado en la corte definitiva de Madrid, y un cambio, incluso, de la naturaleza social, ahora más nobiliaria, de los asuntos sometidos a estas jurisdicciones, disminuyendo con todo una litigiosidad calculada, como señalábamos, sobre este tipo de restringidas, aunque importantes, referencias.

Pero la referida regresión la entiende más en concreto Kagan, no en el sentido de esta ulterior centralización que como tal se encontraría en la línea de aquella presunta «revolución», sino, en retracción como decíamos la propia incidencia social de estos tribunales superiores, en aquel sentido inverso de «devolución» anunciado desde el epígrafe; regresión así, finalmente, a favor de las jurisdicciones locales y aún de las eclesiásticas y señoriales, o incluso de prácticas de arbitraje, pero éste es tema que, con toda su significación y pese a su mismo énfasis, queda, con la cuestión conexas de los fueros, tan sólo apuntado: muy sumariamente documentado y prácticamente no analizado.

En suma, según decíamos, un cuadro impresionista, como tal de perfiles poco nítidos, pero también de pinceladas eventualmente felices, acerca del mundo de la justicia en la Castilla moderna. Una introducción, en suma, a la materia, como el propio autor ya entiende, enriqueciéndola como tal, finalmente, con unos apéndices elementales de orientación acerca de los archivos y de la bibliografía para el estudio de dicho mundo: justa conclusión que invita a nuevas investigaciones y debates.

BARTOLOMÉ CLAVERO

PÉREZ BUSTAMANTE, Rogelio: *Ordenanzas antiguas de la villa de Cabezón de la Sal*, Santander, 1980. 90 págs.

En la muy abundante producción del autor, de distinguida estirpe académica, una historia del derecho concebida como historia de los libros jurídicos siempre destacará la edición y el estudio de estas Ordenanzas de Cabezón de la Sal, villa de la provincia de Santander, Cantabria o mejor Asturias de Santillana, como prefería llamarla su ilustre hijo. El 29 de diciembre de 1580 se reunieron en presencia del escribano real y de la Audiencia del Valle, el concejo, justicia y regidores de la villa, que lo eran el alcalde ordinario por el rey en el valle, el regidor de los hidalgos de la villa, el de sus hombres buenos labradores, más el procurador general y los demás vecinos o la mayor parte de ellos. Existían ya unas ordenanzas antiguas, rasgadas, maltratadas, en parte no guardadas, motivo por el cual la villa andaba mal de regimiento y gobernación. Unánimes dieron poder a seis vecinos nominados, conforme a las ordenanzas antiguas, para hacerlas de nuevo y poner las penas convenientes. Cumplieron el encargo los nombrados y redactaron ciento trece capítulos, que tratan, sucesivamente, del modo de hacer oficiales del concejo

(el día de Reyes), a saber, dos regidores, de los dos estados, como queda dicho, un procurador general para solicitar los pleitos y negocios de la villa, en Valladolid (la chancillería) y en la corte y en otros lugares; asimismo jurados en número de cuatro, que junto con aquéllos entendiesen en la gobernación. Estos jurados tienen una suerte de superioridad sobre los regidores. El procurador nada podía hacer sin poder especial del concejo. La parte más extensa del cuaderno se refiere a la propiedad e industria de la sal. El rey se había incorporado las salinas. Solamente el vecino tenía acceso a su disfrute; estaba facultado a vender su vez a los miembros de una reducida comunidad, la «ocina o tuera» (?). El alcalde ordinario no ejercía jurisdicción sobre pleitos de salinas, sino el regimiento del concejo. Las salinas tenían oficiales del rey, que no debían maltratar a los vecinos

La venta del vino era un importante asunto municipal, en régimen de tasa. El de las nueve villas, siendo nueve los valles de dichas Asturias, era el tomado en consideración; luego el de otras partes de Castilla. Un préstamo forzoso de trigo, una venta forzosa o reparto de lo adquirido, prohibición de la reventa y semejantes figuras del derecho civil aparecen modificadas por el intervencionismo local. El régimen de montes, pastos y otros aprovechamientos comunales son objeto de una fina regulación, como la agricultura de heredades privadas, sujeta a una ordenación municipal. La venta de los bienes raíces y de sus frutos tiene carácter público, con derecho de tanteo y retracto por parte de los vecinos frente a los forasteros. El tránsito, especialmente de las mujeres, debía cursar por los caminos reales, no por los lugares de marras. Se reunía el concejo —los vecinos casados emancipados— en la media hora siguiente al repique de campana, sólo por mandado de los oficiales; allí debía hablarse comedidamente. El régimen de pesos y medidas, la tasa de algunos precios y salarios, la guarda de ganados, la prohibición del juego y otras normas de moralidad, la disciplina laboral reflejan un orden urbano y entrañable.

En la misa, durante el ofertorio, fueron leídas las ordenanzas y todos los vecinos consintieron en ellas; luego, en el concejo, las aprobaron como justas y justificadas. Solicitada la aprobación al rey y a su consejo, los vecinos se sometieron a la ordenanza y a sus penas, como si fueran sentencia definitiva de juez competente. El traslado de las mismas fue confirmado en 1612. Complemento del libro, ahora parte ya de él, son: una concordia de 1561 sobre pastos, entre la hermandad de Campoo de Suso y una provisión de Felipe IV, en 1652, confirmando una nueva ordenanza sobre provisión de oficios. Libros como éste desarrollan y modulan el VII de la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla. Deben ser estudiados en cuanto a su contenido propiamente jurídico.

RAMOS PÉREZ, Demetrio: *Audacia, negocios y política en los viajes de descubrimiento y rescate*. Valladolid, Casa Museo de Colón y Seminario Americanista de la Universidad, 1981. 626 + XII páginas en 4.º. Con apéndice documental y mapas, láminas e índices, prólogo de Juan PÉREZ DE TUDELA.

Se trata de la primera obra que sale a la luz de la serie «Tierra nueva e cielo nuevo», colección dedicada a la conmemoración del medio milenario del descubrimiento de América, en la que se incluirán investigaciones de todas las entidades que se adhieran a ese propósito.

El primer aspecto que debe ser comentado, por el criterio jurídico que se nos pone al descubierto desde el primer momento, es el del título, al marcarse el propósito de estudiar los viajes de «descubrimiento y rescate», puesto que frente al meramente caprichoso de Navarrete de «viajes menores», lo que haría suponer la existencia de unos viajes mayores y de unos viajes medianos, u otras denominaciones que se han ofrecido de igual carácter y han querido hacer referencia al hecho en sí derivado de los textos legales, con que se montan las expediciones, para ir a *descubrir* con la ventaja de la licencia de rescate. Por consiguiente, desde el punto de vista del historiador del derecho, así como del historiador en sí mismo, no cabe duda que se ha dado con el término justo que puede calificar a tales expediciones, ya que se ajusta a lo que las define.

Otro hecho que se deriva de este planteamiento es el conocer que tales viajes no fueron una especie de paréntesis en tono menor, entre los de Colón y los de las expediciones de conquista, como la de los Welser a Venezuela, la de Pizarro al Perú y la de Mendoza al Río de la Plata; sino muy por el contrario, un tipo de expediciones que rebasan con mucho el tiempo que consideramos de los descubrimientos y de las conquistas, hasta el extremo de que son los únicos que llegan a ser regulados en las normativas de 1568 y en la Ordenanza de Nuevos Descubrimientos y Poblaciones de 1573, por consiguiente, los que aparecen reflejados en la Recopilación.

Entre las muchas conclusiones que aparecen como novedad en esta enjundiosa obra, debemos citar lo relativo a la estructura de las expediciones, que llegan a basarse en contratos de préstamo, de coparticipación o de asociación con quienes aportan elementos financieros, mercaderías o barcos con sus tripulaciones. Se trata, pues, de una gran complejidad que apunta tanto a la naturaleza de sociedades de flete, como de comanditas, con amplísimas variantes, que se analizan al tratar de cada uno de los viajes. Naturalmente, junto a esto, de suyo ya importante, debemos mencionar también el hecho de que, contra lo que frecuentemente se dice, la participación de la Corona, es un hecho: invisible o disimulado, por entregas de ayuda, o perfectamente visible, por partición convenida, a parte de las correspondientes percepciones fiscales.

Esta realidad llega a regularse por documento público en las expediciones que el autor llama de régimen capitalista, donde la corona es por lo tanto un socio más, junto a los grupos o personas participantes en la armazón. De ello se deriva el que al lado de los vedores reales aparezcan, consecuentemente, los vedores de empresa.

En este sentido, el autor habla de la evolución que puede distinguirse en el montaje de los viajes de descubrimiento y rescate, con una primera fase en la que interviene como persona fundamental el marino ejecutante, mediante sociedades familiares (el caso de Pinzón) o simplemente de préstamo (el caso de Lepe); una segunda fase en la que se aspira al modelo de la asociación de armada, en la que cada componente participa y además une navío por el aviado (caso de Ojeda, Bastidas, etc.). Por último, las expediciones que, por obligar a grandes desembolsos, como las que van a la Especería desde la Magallánica, superan tanto la capacidad de inversión de la corona como la del navío promotor, por lo que se apela a la atracción de capital de reconocidos mercaderes o de grandes sociedades.

Pero otro será el caso de las expediciones que, de acuerdo con lo previsto en la Junta Magna de 1568 habrían de despacharse ya, en forma regular, todos los años, para la exploración del Pacífico, que se acomoda al sistema de descubrimiento y rescate, aun cuando pretende la Corona asumirlas, para evitar así las pretensiones premiales, de tan costosas consecuencias.

Naturalmente, en paralelo vienen a estudiarse las capitulaciones de descubrimiento y rescate, siempre muy distintas de las de poblamiento o conquista, pues al ser diferente los objetivos, no cabe en ningún caso medirlas por el mismo rasero, como frecuentemente se ha hecho. El profesor Ramos coincide en reconocer en la capitulación de descubrimiento y rescate un carácter jurídico bien claro, puesto que son una merced real, no un contrato ni un pacto, como en algún caso ha querido calificar, asombrosamente, a todas las capitulaciones. La Real Provisión de 1495, de la que parten las capitulaciones de descubrimiento y rescate, tal como la estudió el doctor García Gallo, no permite otra interpretación, puesto que en esa normativa legal se establecen las condiciones generales que regularían su otorgamiento. Y mal podría haber un pacto si ya estaba previamente regulado, y hasta tal extremo es así, que incluso en la forma en que se entiende suele utilizarse un término jurídico, nada equívoco, como el de *licencia*, que la Corona otorgaría a quien le mereciera la confianza oportuna de acuerdo con su oferta.

Porque, no se olvide, que no son dos partes las que se reúnen para contratar, sino que es una parte, privada, la que *solicita*, y otra, el poder público, la que *regula*, previamente la forma en que se otorgarían las licencias. Así, pues, no se trata de una teoría, sino de un planteamiento ajustado exactamente a la realidad en que se gesta y en que se produce.

Importantísimo es a nuestro entender, en este sentido, la valoración que el profesor Ramos hace de la importancia política que los viajes de descubrimiento y rescate ofrecen, frente a la posibilidad feudalizante, derivada

del servicio, tal como podía entenderse de acuerdo con los precedentes medievales. Y hacemos hincapié en este aspecto, porque precisamente el «servicio» es lo que sí se tendrá en cuenta en las capitulaciones de conquista, que no tuvieron una regulación semejante, puesto que cuando ya aparece, es precisamente cuando se trata de eliminar la conquista.

Aparte del interés que para el historiador puede tener el estudio de los viajes por sus consecuencias geográficas, a nosotros nos interesa resaltar estos aspectos, que convierten a la obra del profesor Ramos en un hito importante para el mejor conocimiento de lo que fue la empresa descubridora, especialmente del siglo XVI.

MARÍA ANTONIA VALBUENA GARCÍA

ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo, *Los derechos políticos de asociación y reunión en la España contemporánea (1811-1936)*, Pamplona, EUNSA, 1981, 477 págs.

Con un título que refleja de forma muy exacta su contenido, la presente obra —que constituye la tesis doctoral realizada bajo la dirección del doctor Ismael Sánchez Bella en el Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Navarra por Gonzalo Rojas Sánchez— estudia la evolución de los derechos políticos de asociación y reunión a lo largo de los siglos XIX y primer tercio del XX, con objeto de «conocer el marco —supuestamente liberal— de la acción legal de los partidos liberales y no liberales en un régimen liberal» (p. 13). El trabajo —cuya elaboración muestra el dominio de Rojas en los campos de la Historia y del Derecho, disciplinas de las que cursó estudios completos en la Pontificia Universidad Católica de Chile, en la que actualmente es profesor de Historia del Derecho chileno— se ha realizado describiendo los hitos básicos que la legislación, las medidas administrativas, las sentencias judiciales u otra normativa sobre el ejercicio de estos derechos, han marcado tanto para la vida política general como para la de determinados grupos o sectores políticos. Se trata, por tanto, en palabras del autor, de una «historia oficial» de los mencionados derechos, que no pretende analizar la aplicación en la práctica —salvo en algún caso señalado en la Introducción, como el tratamiento de las reuniones en la Restauración o el de algunas asociaciones (partido socialista durante la Dictadura, Falange Española durante la II República) cuya situación no queda clara más que a través de las medidas tomadas contra ellos— de las citadas normas positivas. Las fuentes utilizadas para trazarla son, junto a los Diarios de Sesiones de Cortes, cuya riqueza retórica y doctrinal es resaltada por el autor, todos aquellos repertorios que contienen las Constituciones, leyes, órdenes, circulares, sentencias, etc., sobre las que se basa la investigación.

Siguiendo un criterio cronológico, el profesor Rojas analiza en tres ca-

pítulos el tratamiento de los derechos de asociación y reunión en el Sexenio Revolucionario, la Restauración (1874-1923) y la Dictadura y República, respectivamente, así como las situaciones peculiares de algunos partidos en estos períodos. Previamente, en un primer capítulo dedicado a los años 1811-1868, expone cómo dichos derechos «habían sido ignorados como tales derechos en la doctrina y reprimidos en su ejercicio» (p. 128).

El período que va desde el año 1811 hasta 1868, a lo largo del cual se produce la implantación del liberalismo en España, es desglosado, en el primer capítulo, en sus más significativas etapas: hasta 1820, el trienio liberal, la década conocida como «ominosa», los años de las Regencias (1833-1843), la década moderada, el bienio progresista y los últimos años del reinado de Isabel II (1856-1868). Es común a todas ellas el no reconocimiento formal de los derechos objeto de estudio, su no consagración ni en las diversas Constituciones o proyectos existentes, ni en otras leyes o Códigos en los que cabría esperar ese reconocimiento; y, en consecuencia, característica también común a todos estos años, la proscripción, mediante diversa normativa, de la actividad legal permanente de los grupos políticos de oposición marginales al Parlamento. Sin embargo, se producen también las primeras dudas (especialmente en el trienio liberal y en el bienio progresista) sobre la conveniencia de autorizar la existencia de asociaciones y reuniones políticas: con ello, se trataba no tanto de consagrar unos derechos como de conceder unas libertades. Estas dudas llevan, en los años finales del reinado de Isabel II, a la aparición y consolidación de una doctrina que admite el carácter natural e ilegislable de estos derechos y partidaria de su consagración, doctrina que llegaría a reconocer, en teoría, la existencia del derecho de reunión. Y sobre todo, junto a esa ausencia de reconocimiento formal, no se puede desconocer la realidad de la actuación, desde los años treinta, de unas asociaciones electorales, existentes por encima de la Constitución y de las leyes, que el régimen liberal no podía sino tolerar como realidades consecuentes con el ejercicio de la soberanía nacional. Estas asociaciones, y los partidos políticos en que cuajaron, fueron el ámbito del ejercicio de los derechos de asociación y reunión no consagrados legalmente. Pero como consecuencia del desarrollo de la aludida doctrina, entre los nuevos partidos comenzaron pronto a distinguirse los legítimos (útiles al sistema) de los ilegítimos (aquellos que, como los demócratas y los carlistas, rompieron la identidad con el régimen).

Con la afirmación del liberalismo radical, frente al doctrinario de la etapa anterior, durante el Sexenio revolucionario —etapa estudiada en el capítulo segundo—, el tema de los derechos individuales, y en particular los de asociación y reunión, convertidos en bandera de la «Gloriosa», pasa a ser centro de atención en los debates parlamentarios y en los textos legales. En este momento son consagrados por primera vez, tanto por la Constitución de 1869 como por el proyecto de 1873, los derechos de asociación y reunión que, doctrinalmente, son considerados ilegislables. Sin embargo, este reconocimiento, por un lado, no implicó la reglamentación de

la actividad de los partidos políticos organizados desde las décadas anteriores «que siguieron funcionando más allá de la Constitución y de la ley» (p. 132), y, por otro, no impidió la reglamentación de su ejercicio, iniciada por la propia Comisión constituyente y continuada en posteriores disposiciones entre las que destacan las Leyes de Orden Público o el Código Penal. Reglamentación que dejaría fuera de la legalidad al Partido Republicano —de forma clara tras el Código Penal de 1870 y hasta la I República—, a la 1.ª Internacional —incluso durante la República— y al carlismo —que tras su levantamiento en armas rompió la precaria situación legal en que el Gobierno, con sus medidas restrictivas, le había colocado. Esta solución de «contrapunto de ilegitimidad, en doctrina, y reglamentación, en la práctica» (p. 130), permite al autor afirmar que los derechos, llevados por la Revolución «a un plano de preponderancia casi sagrada, poco a poco irían siendo desplazados, aunque sin que se encontrara su exacta ubicación en el sistema político-jurídico» o, dicho de otra forma, «de pilares básicos de la Revolución del 68, al terminar el período se encontraban sin una consagración exacta en las leyes orgánicas, limitados por el Código penal y manejados en su ejercicio, según las distintas conveniencias» (p. 191).

Fue Cánovas quien «procuró encontrarles y darles el sitio exacto que les correspondía dentro de ese carácter moderado del nuevo sistema» de la Restauración (p. 191-2) —período al que se dedica el capítulo tercero—, durante la cual tiende a desaparecer la preponderancia casi sagrada en que habían sido colocados por la Revolución. El ejercicio formal de estos derechos, consagrados tanto por la Constitución de 1876 como por las leyes orgánicas de 1880 y 1887, respectivamente, se realizó a través de los partidos del turno, que «siguen siendo (...) realidades superiores a la Constitución y a la ley, emanaciones de la soberanía nacional» (p. 193). Pero por encima del plano de la consagración formal, el profesor Rojas distingue el de la legitimidad o ilegitimidad de los partidos: la necesidad de hacer compatible la participación en el sistema del mayor número posible de fuerzas políticas con la protección de la Monarquía como institución fundamental, llevó al rechazo, doctrinal o de hecho, de algunas formas de asociación —grupos republicanos, anarquistas o, incluso, socialistas y carlistas, cuya situación a lo largo de estos casi cincuenta años es analizada por el autor— que constituyen los partidos considerados ilegales en la medida en que no se integraron en los del turno. Este carácter de ilegalidad tuvo escasas consecuencias prácticas, por la tolerancia con la que fueron tratados en muchas ocasiones, por lo que también a través de ellos se ejerció un derecho de asociación y reunión ligado al carácter soberano de la nación y no a su consagración formal. Y, en segundo lugar, por debajo del plano de su consagración formal, se sitúa el de su aplicación práctica mediante infinidad de normas menores —decretos, órdenes, bandos, circulares, etc — «de dudosa coherencia con las normas superiores» (p. 301) que restringieron en mayor (durante los períodos de suspensión de garantías) o menor medida el ejercicio de estos derechos según el carácter del Gobierno en el Poder

El cuarto y último capítulo analiza la situación de los derechos de asociación y reunión en dos etapas de la historia contemporánea española tan distintas como la Dictadura de Primo de Rivera y la II República, así como la de los diversos grupos políticos no gubernamentales bajos estos regímenes.

Suprimidos durante la Dictadura los citados derechos al ser suspendida la Constitución, y condenados los partidos políticos, salvo el PSOE, a la inactividad, el carácter restrictivo sobre los derechos políticos individuales de las normas dictadas por el Gobierno de Primo de Rivera se mantuvo incluso en el proyecto de Constitución de 1929 que, sin embargo, los consagraba formalmente siguiendo la tradición iniciada sesenta años antes

Los Gobiernos de la II República, finalmente, colocados continuamente en el dilema de aceptar la libertad, constitucionalmente declarada, con todas sus consecuencias, o regularla por vía administrativa, optaron por este segundo camino, hasta el punto de que los derechos fueron no sólo restringidos, sino también suprimidos en estos años, tanto en el plano de su consagración legal —por ejemplo, en la Ley de Defensa de la República—, como en su ejercicio práctico, a través de numerosas normas y disposiciones. Esta situación pudo estar justificada por la polarización ideológica y el clima de tensión de los años de la República, pero la responsabilidad de sus dirigentes es clara para el profesor Rojas, quien afirma: «Lo que no puede parecer evidente a nadie —después de conocer la legislación y los hechos— es que el régimen republicano y los hombres que lo intentaron sacar adelante, hayan luchado seriamente por el respeto formal y de hecho de los derechos objeto de nuestro estudio» (p. 415).

Completan el libro, al que quizá falte —puede ser una impresión subjetiva— una referencia al modelo de liberalismo y su evolución que de la forma concreta analizada trató los derechos de asociación y reunión, unas conclusiones que sintetizan de forma muy completa su contenido y una exhaustiva bibliografía.

En definitiva, una obra que «demuestra —como se afirma en la presentación de la contracubierta— cómo el liberalismo español, corriente decisiva en el período estudiado, frenó decididamente el desarrollo de los derechos en cuestión hasta 1869 y subordinó desde esos años el ejercicio de los mismos a las conveniencias de los distintos gobiernos» y que constituye un «indispensable material de consulta —en palabras del lugar indicado— para quienes buscan comprender a fondo los antecedentes de la actual vida política española».

IGNACIO ARANA PÉREZ

TAFARO, *La interpretativa ai verba «quanti ea res est» nella Giurisprudenza romana*. Ed. Jovene. Napoles, 1980.

El autor nos presenta una interesante monografía, número 57 de la prestigiosa colección de *Pubblicazioni della Facoltà dell'università di Bari*, sobre el posible contenido de las cláusulas *quanti ea res est* y la *id quod interest* tan frecuentes en la *condemnatio* de las fórmulas. Tradicionalmente la Pandectística, más o menos arbitrariamente, había visto estas dos expresiones de la *condemnatio* algo así como dos criterios distintos a los que el *iudex* podría acogerse a la hora de calcular la oportuna *aestimatio litis*. Así, mientras que en la primera de ellas predominaría un criterio objetivo de valoración de la cosa litigiosa, la frase *id quod interest* facultaría, en cambio, al juez de tener en cuenta la estimación subjetiva de aquélla según el interés o valor que para el actor pudiera tener la cosa reclamada. El estudio del tema se hace sobre todo teniendo en cuenta la obra de Ulpiano como el propio autor nos indica ya en el subtítulo de su libro: *L'analisi di Ulpiano*. Por lo mismo Tafaro toma como base fundamental de su trabajo el análisis de los numerosísimos textos del jurista donde se nos habla de estos dos criterios normales de la *condemnatio*.

Especialmente interesante es el capítulo II, en donde se estudia una aparente contradicción que parece darse entre el pensamiento de Ulpiano y el de Servio Sulpicio Rufo. El texto D. 43,17,3,11, correspondiente al libro 69 *ad edictum* de Ulpiano, parece dar al *quanti ea res est* un sentido mucho más amplio que el de mero valor de la cosa. Así, según el jurista severiano, lo que reclamaría el actor —el texto se refiere a una *condemnatio ex interdicto uti possidetis*— como compensación de la posesión perdida sería su propio interés en conservar dicha posesión, *quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere* y no el valor de la cosa en sí. Es en esta ocasión cuando Ulpiano alude a la *sententia Servi*, en donde el jurista republicano, por el contrario, se siente inclinado a basar la *aestimatio litis* en el *pretium rei* y no en el interés dañado por la posesión perdida.

Es la propia viveza polémica de Ulpiano la que nos lleva a pensar en una verdadera contrastación de opiniones (*sed hoc nequaquam opinandum est*) entre los dos juristas. Sin embargo, parece extraño, al menos en principio, que realmente fuese intención de Servio el hacer coincidir la suma a pagar por el reo con el valor de la cosa en una época en donde era ya muy claro el verdadero contenido de la posesión. Por otra parte, en un texto de Alfenio 2 *dig.*, D 39,2,43,1, se conserva una opinión de Servio sobre el resarcimiento correspondiente a una *cautio damni infecti* en la que el jurista no parece vincularse a esa idea objetiva del valor, sino a los intereses del *stipulator reclamante*.

Para Tafaro fue sobre todo con ocasión de la *actio ad exhibendum* cuando la jurisprudencia modeló con mayor exactitud el posible contenido de la

condemnatio. En esta acción de naturaleza arbitraria que utilizó en su fórmula la expresión *quanti ea res est*, como es lógico, el juez, para la *aestimatio litis*, no se basaba en el valor de la cosa no exhibida, sino simplemente en el beneficio o *utilitas* no alcanzado por el actor a causa de la negativa del demandado a exhibir. Al menos esta es la opinión de Neracio, opinión recogida igualmente por Ulpiano, 24 *ad ed.*, D.10,4,9,8: *et ideo Neratius ait utilitatem actoris venire in aestimationem*.

Dada la amplia gama de posibles legitimados en la *actio ad exhibendum*, la fórmula, aún conservando siempre las mismas palabras *quanti ea res*, en la *condemnatio*, tuvo que interpretarse ampliamente conjugando en cada caso el interés particular —*utilitas*— del actor y las distintas motivaciones por las cuales se podía ejercitar esta acción. Esta *utilitas* fue posiblemente el camino que siguió la jurisprudencia clásica para abandonar la antigua identificación de la pretensión procesal con el valor de la cosa reclamada. Gracias a este concepto de la *utilitas*, la expresión *quanti ea res* comenzaba a aproximarse un tanto a aquella otra del *id quod interest*, interés subjetivo que el agente pudiera tener en la exhibición.

De todos modos entiende Tafaro que no hubo en época clásica una clara antinomia entre las expresiones formularias *quanti ea res est* y la otra quizá más tardía del *id quod interest* y que por supuesto en ellas no hubo la tendencia que creyó ver la Pandectística de una valoración objetiva frente a otra de naturaleza subjetiva. Al menos para Ulpiano, los criterios que determinaron la utilización de una u otra fórmula son más bien criterios procesales. Probablemente se usaría el criterio valorativo *quanti ea res est* en las acciones penales (aún así hubo muchos casos de *furtum* donde no se cumplía esta regla), acciones en las cuales la condena tendía al *verum pretium* de la cosa hurtada o destruida. Tal vez —al menos en el caso del *furtum* y en la *actio vi bonorum raptorum* (D.47,8,2,13)— Ulpiano se sintió inclinado hacia una condena que coincidiera con el precio real más que con el interés perjudicado del actor a fin de evitar quizá, al tener además que duplicar el módulo de la valoración, que pudiese resultar una condena excesivamente onerosa para el reo sometido además al ejercicio de la *reivindicatio* o de la *condictio furtiva*, que, por ser reipersecuentes, serían siempre acumulables.

No han faltado algunos autores como, por ejemplo, Voci (*Risarcimento del danno e pena privata nel diritto romano classico*, Roma 1939, p. 58), que han creído ver en el pensamiento de Ulpiano como una especie de contraposición entre el concepto de *veritas* —*vera aestimatio, vera quantitas*— y la expresión tradicional contenida en las palabras *quod ea res est*. Así, al hablar Ulpiano de *veritas* se referiría al «verdadero daño» sufrido por el actor, es decir, a una valoración que más o menos equivaldría al *id quod interest* y que en principio no tendría que coincidir con el valor de la cosa, *ipsa res*.

Sin embargo, Tafaro no lo cree así, ya que, según él, del texto de Ulpiano 12 *ad ed.* D 27,6,7,2 parece deducirse más bien que la estimación debía ser hecha teniendo en cuenta sobre todo el valor objetivo de la cosa y que ese

valor era precisamente la *vera aestimatio*. Concluye su obra Tafaro con una interpretación original viendo en toda la gama de interpretaciones de Ulpiano sobre la valoración de la condena un intento de dar al juez unas posibilidades que el procedimiento formulario en principio no le permitía. De ser esto cierto, el procedimiento de la cognición oficial, utilizado ya de modo general en época severiana, permitiría al juez, gracias a la fórmula del *id quod interest*, acudir a las soluciones que habrían sido ya previstas, al menos en teoría, por los juristas del Principado. Esta nueva formulación llenaba así de contenido todo el espacio de libertad que el procedimiento cognitorio concedía al *iudex*.

Dentro de la categoría original y profunda de esta monografía tan completa, tal vez se eche en falta el estudio de algún aspecto concreto de la estimación en el valor de la cosa cuando la fórmula obligada, por ejemplo, al *iudex* a tener en cuenta un valor ya pasado, *quod ea res fuit*, a diferencia de otros supuestos donde la estimación en presente exigía valorar la cosa litigiosa en el momento de la sentencia, *quod ea res est* o incluso buscar el valor futuro en el momento de la ejecución de la sentencia, *quod ae res erit*.

J. L. MURGA

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

ALBANESE, Bernardo: *Gli atti negoziali nel diritto privato romano* (Univ. di Palermo, 1982). 480 págs.

Nueva prueba de la fecundidad de la escuela romanística panormitana, y, en concreto, de Albanese es esta amplia exposición de una teoría del negocio jurídico en derecho romano. La obra comprende dos grandes capítulos. El primero, sobre la formación de los actos negociales, empieza por justificar la consideración unitaria del negocio jurídico, y trata luego de las formas del mismo y sus anomalías. El segundo capítulo, sobre la realización de los efectos negociales, trata de los mismos en relación con la causa, con los elementos accidentales, la representación, la invalidez, etc. En realidad, todo un Derecho Romano ordenado de otro modo que el habitual por instituciones. Así se explica que el a., para llevar a buen término su empresa, que exigía un excepcional dominio de la materia a la vez que cierta libertad de acción, haya prescindido de la bibliografía, aunque no de las fuentes, de las que hace un uso constante, como muestran las 77 páginas del índice de fuentes citadas en las abundantes y densas notas. Es comprensible también que resulte difícil una contraposición de opiniones por parte de un reseñante, que debe limitarse a expresar su admiración por una obra de este tipo.

A. O.

ARREGUI ZAMORANO, Pilar: *La Audiencia de México según los visitantes. Siglos XVI y XVII*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. 284 páginas.

Tesis doctoral dirigida por Ismael Sánchez Bella, en la cual la autora, utilizando los importantes estudios de su director de tesis sobre las visitas en Indias, "aborda por vez primera el estudio concreto de la administración de justicia y de la actuación de los ministros de una Audiencia indiana, la de México, a través de los expedientes de cinco visitas ordenadas por los monarcas de la Casa de Austria y de la correspondencia de los visitantes generales que las llevaron a cabo". La pretensión del estudio que ahora resencionamos es buscar, no solamente las normas legales que organizaron la vida de la Audiencia de México, sino verificar su cumplimiento, o dicho en otras palabras, más que el aspecto meramente positivo, se busca la vigencia, la vida misma de ese derecho dictador por la Corona para la organización de la administración de justicia en el territorio que abarcaba la Audiencia de México (aspecto espacial del estudio) en un período claramente definido, o sea los siglos XVI y XVII (aspecto temporal del mismo).

Sobre este marco general la autora, en el capítulo primero, se refiere a la creación de la Audiencia, sus Ordenanzas, distrito de su jurisdicción, su composición, sus atribuciones y, por último, al sistema de prohibiciones mediante el cual se pretendía asegurar la imparcialidad de los miembros de la Audiencia, a fin de garantizar la correcta administración de justicia.

El siguiente capítulo aborda el estudio de los visitantes de las Audiencias bajo los Austrias, ocupándose en dos apartados de carácter general del interés de los Austrias por la buena administración de justicia y de la institución de la visita. Refiriéndose a México, analiza las visitas que fueron ordenadas por la Corona para la vigilancia del máximo Tribunal del territorio.

En tres capítulos se recogen sistemáticamente los resultados de las visitas realizadas a la Audiencia, agrupándose los cargos dados a los ministros de la Audiencia como funcionarios de tal institución (dilación de las causas, secreto profesional, examen de testigos, falta de castigo, visitas y residencias, toma de cuentas, incumplimiento de cédulas, casados, extranjeros y ausentes, uso y traspaso de oficios, fiscales, etc.) a la vez que los otros dos se refieren al tema de la parcialidad, provisión de oficios y abuso de poder y otros cargos tales como negocios, vida privada, juegos y tablajes, atropellos a los indios e incompetencias, tras de lo cual plantea la autora atinadas conclusiones sobre su estudio.

A nuestro juicio, la importancia del presente trabajo radica en que en él se abordan dos temas fundamentales del Derecho a partir del análisis de un organismo concreto en un momento determinado, en este caso la Audiencia de México en los siglos XVI y XVII: las normas orga-

nizadoras de la vida interna del Tribunal y el de su efectivo cumplimiento. ¿Cumplieron o no los funcionarios de la Audiencia de México las normas dadas, no sólo para organizar la existencia jurídica del Tribunal, sino también para regular la vida de la sociedad en cuyo entorno funcionó tal organismo? Tal es la pregunta que se formuló la autora al comenzar el estudio que ahora se analiza. Y la respuesta se va a dar en los capítulos tercero a quinto, en que, con minuciosidad y paciencia se desglosan los diferentes cargos que los visitadores hicieron a los encargados de administrar justicia en la Audiencia de México, de cuyo análisis, como también del de las sentencias del Consejo de Indias que cierran esas visitas, material procedente del Archivo General de Indias de Sevilla, se obtiene una luz decisiva sobre uno de los más discutidos temas de la Historia del Derecho Indiano, o sea, el de la vida efectiva de sus normas.

FERNANDO MAYORGA GARCÍA

BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús: *Historia del Derecho Romano y de los derechos neoromanistas*. I. (Univ. Nac. Aut. de México, 1981). 440 págs.

Conviene aclarar de entrada que por «neoromanistas» se entiende el conjunto de derechos derivados del antiguo romano, es decir, una historia del derecho europeo. En este primer tomo se interrumpe esta historia con la Recepción. Es comprensible que, dada la amplitud del marco histórico abarcado en esta exposición, la información de los aa. no pretenda ser ni mucho menos completa, ni siquiera actualizada.

Como libro de enseñanza admira su extensión, y puede uno pensar si las dificultades que la enseñanza del Derecho Romano encuentra en Méjico, como en otros ámbitos similares, no se deberá acaso a la excesiva importancia que se sigue dando a la que se llamaba «Historia externa». Es posible que la enseñanza misma no alcance tales proporciones, pero no deja de ser sintomático que, a la hora de escribir libros para los alumnos de nuestras facultades de derecho, se empiece por tratar una materia más propia de historiadores de la Antigüedad y del Alto Medioevo, que de juristas propiamente dichos. En España, esta desorbitación parece haber sido definitivamente superada desde la sensata actitud docente de Arias Ramos. De todos modos, hay que recibir con aplauso el interés que por el mundo romano muestran tener nuestros colegas de Ultramar.

BONFANTE, Pietro: *Corso de Diritto Romano. IV: Le Obbligazioni* (reedición cuidada por G. Bonfante y G. Crifó) (Giuffrè, Milano, 1979). viii + 499 págs.

Continúa la muy necesaria reedición del *Corso*, del gran maestro italiano Bonfante, en el que, a pesar del transcurso de los años, los romanistas de hoy encuentran un libro de consulta indispensable, pues la romanística moderna no produce ya obras de extensión comparable, en las que se une a una visión personal de alto nivel un examen tan minucioso y completo de los textos. Fue esa generación, la de Bonfante, una de grandes romanistas que abrieron los horizontes del estudio crítico, es decir, de palíngenesia del derecho clásico, sin perder la visión de totalidad y la capacidad de acabar una exposición completa y amplia como había sido la propia de los pandectistas. En la generación siguiente, la de los grandes epígonos, se produjeron manuales, pero nunca tan amplios como esos antiguos cursos; la obra cumbre de esa nueva generación es el RPR. de Kaser, la figura más representativa de la misma. Después, ya parece que sólo son posibles pequeños estudios monográficos, aunque la necesidad docente obligue a seguir produciendo pequeños manuales; por lo mismo, cada día resulta más difícil encontrar entre nosotros la luz del genio. En qué medida el mismo aumento de la bibliografía es causa de ese empobrecimiento, puede valorarse de distintos modos, pero resulta un problema insoslayable que pesa sobre todos.

Este nuevo volumen del *Corso* de Bonfante abarca la parte general del tratado de Obligaciones: concepto, elementos, clases, fuentes y, en especial, el estudio del contrato, en sus aspectos generales. Como siempre, resulta muy útil el índice de fuentes compuesto por Crifó.

A. O

BRAGA DA CRUZ, Guilherme: *Obras esparsas. Vol. I: Estudos de Historia do Direito (direito antigo). 1.ª y 2.ª Parte, Vol. II, 1.ª Parte* (Univ. de Coimbra, 1979-1981). xvi + 369; 336; 307 págs.

Por el cuidado de su discípulo, el profesor Mario Julio de Almeida Costa, que hace la introducción en recuerdo del a., se han reunido una serie de estudios del inolvidable Doutor Braga da Cruz, desaparecido de entre nosotros en 1977, pero siempre presente como figura estelar de la Universidad de Coimbra y de la ciencia de la Historia del Derecho.

Son los siguientes estudios: (I 1) *Algumas considerações sobre a «Perfiliatio»*; *O problema da sucessão dos ascendentes no antigo direito grego*; *O «Jurisconsultus» romano*; *A posse de ano e dia no direito hispânico medieval*; *O direito de superfície no direito romano*; y *Direito romano vulgar ocidental*; (I 2) *A obra de S. Martinho de Dume e a legislação visigótica*; *A sucessão legi-*

tima no código euriciano; Apreciação crítica duma dissertação de doutoramento (de Almeida Costa sobre el origen de la enfiteusis en Portugal); Afinidade-subsistência do vínculo após a dissolução do casamento; Les pactes successoraux dans l'ancien droit portugais; y recensiones críticas; (II 1) No centenário da morte de M. A. Coelho da Rocha, Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro; O Regime matrimonial de bens supletivo no direito Luso-Brasileiro; La période Maharatte (1739-1818) y la Plaidoirie ante el Tribunal Internacional de La Haya sobre el derecho de paso de Portugal, a través de territorio indio, para el acceso a los enclaves portugueses.

A. O.

CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi: *La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi. I: Età arcaica* (La Sapienza, Roma, 1981). 293 págs.

El a. ha reunido en este volumen varios estudios (algunos de ellos todavía inéditos) sobre el derecho agrario de la Roma primitiva: *ager publicus*, comunidades agrarias, formas de propiedad de la tierra y la historiografía sobre estos temas.

A. O.

CASAVOLA, Franco: *Giuristi adrianei* (Jovene, Napoli, 1980). xii + 430 págs.

El conjunto de artículos reunidos en este volumen constituye una importante contribución al estudio de la historia de la Jurisprudencia romana.

Se reproduce, en primer lugar, el escrito sobre cultura y ciencia jurídica que parte de la *disputatio* que entre Africano y el filósofo Favorino finge Aulo Gelio (pub. en *ANRW*. II 15, en 1976), al que completan otro inédito sobre Gelio, Favorino y Africano, y otro publicado en los *Atti* de la Academia de Nápoles en 1971: *Il modello del parlante per Favorino e Celso*. Luego, un estudio sobre la escuela Serviana, publicado en los *Atti* del segundo congreso internacional de la Sociedad Italiana de Historia del Derecho: «La crítica del texto» (Florenca, 1969). En quinto lugar, otro sobre Gayo (= *Labeo*, 1966), al que sigue otro sobre la función social de los juristas del s. II d. C. (= *Iura*, 1976) y otro inédito sobre *Giuliano secondo Tiboniano*. El volumen se cierra con un octavo escrito sobre poder imperial y estado de las personas entre Adriano y Antonino Pío (= *Labeo*, 1968), y unas notas prosopográficas y bibliográficas, más los habituales índices de fuentes y onomástico.

En el auge que tienen en nuestros días las investigaciones sobre la personalidad de los juristas romanos dentro de su contexto ideológico e histórico, este precioso volumen ocupa un puesto muy relevante.

A. O.

CASTRESANA, Amelia: *El préstamo marítimo griego y la «pecunia traiectica» romana* (Universidad de Salamanca, 1981). 22 págs.

La doctora Castresana de Cascajo nos adelanta aquí un resumen de su tesis doctoral. Su formación como filóloga clásica le ha permitido un estudio conjunto del derecho griego y romano, bajo la dirección de Alfredo Calonge.

Destaquemos ya la conclusión principal de la a., de que la *pecun. trai.* suponía siempre un documento estipulatorio, y, por lo tanto, quedaba sancionada por la *actio certae creditae pecuniae* basada en la estipulación, y no por una acción especial, aunque constituía un negocio distinto del mutuo, precisamente por su origen extranjero. Cuando, en sus conclusiones, dice la a. que, cuando se hace una *syngraphe* no estipulatoria surge una *litteris obligatio*, esto debe entenderse, como ella misma dice en p. 16 s., en el sentido de que sea un negocio entre peregrinos, ya que tal documento, entre ciudadanos, sería puramente probatorio de la *numeratio*. Pero precisamente por eso mismo me inclinaría a dudar de la calificación como *obligatio litteris contracta* al modo gayano. Aparte de que, en mi opinión, sólo Gayo habla (como siempre, por esquematismo pedagógico) de *litteris contrahere*, hay que tener en cuenta que Gayo, en sus *institutiones* (no así ya en sus *res cottidianae*), se refiere exclusivamente a las obligaciones civiles, que pueden ser de *ius gentium*, pero no exclusivamente peregrinas. En realidad, la referencia gayana a las *syngraphai* y a los *cheirographa* es una «escapatoria» ante la necesidad de rellenar el cuadro de su clasificación, pues los verdaderos *nomina transcripticia* constitutivos de *obligatio* habían dejado de existir en su época. Hay que esperar, de todos modos, la publicación de esta interesante tesis doctoral.

A. U.

CIANFEROTTI, Giulio: *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milán, Giuffrè Editore, 1980. XII + 465 págs.

Como su título ya apunta, este volumen se integra de dos partes, acerca la una del pensamiento de Orlando en su dimensión fundacional de un ius-publicismo propiamente italiano, y acerca la otra de su presencia y valoración en ulteriores debates. No se considera, por una parte, la totalidad de la obra jurídica de Orlando, sino tan sólo, pero meticulosamente, el apartado de la formación y desenvolvimiento, hasta el cambio de siglo, de sus posiciones doctrinales; tampoco, consecuentemente, se estudia el legado objetivo de Orlando en el derecho público italiano, sino tan sólo su enjuiciamiento explícito hasta el momento prácticamente actual. Entre tales márgenes, la sustanciosa aportación de este volumen.

La misma obra jurídica del Orlando político, no siempre consecuente

con su doctrina —así, en materia de derecho del trabajo—, queda siempre fuera de objetivo, tratándose cuestiones de la construcción teórica del Estado como sujeto del derecho público, pero no las de su más sustantiva y compleja construcción institucional en tal posición; la propia entidad de la obra de Orlando en ambas vertientes parece resistirse a un análisis integral. Recientemente, queriendo abordarla, Maurizio Fioravanti se quedó en el estudio de sus fuentes, bien que ofreciendo con ello un más que notable examen del iuspublicismo alemán del XIX (*Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milán 1980), iuspublicismo que constituye la referencia notoria y obligada y que sólo como tal puede aparecer en esta paralela investigación, como también ha permanecido en ella al mismo margen de referencias no del todo suficientes para la valoración de la obra orlandina el menos relevante iuspublicismo italiano anterior que, en parte también paralelamente, ha venido estudiando Giorgio Rebuffa (*La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bolonia, 1981). Afortunadamente, la historiografía jurídica italiana puede ahora desenvolverse en este campo integrando investigaciones: permitiendo la superación de limitaciones propias de estudios singulares.

Más presenta también la virtud este particular estudio de no haberse resignado, en sus conclusiones, a la imposición de sus propios límites, concurriendo finalmente, según intereses ya manifestados por Cianferotti en anteriores páginas, al debate esencial (Wilhelm, Oertzen, Bockenförde...) sobre la función política y social de la construcción doctrinal del derecho público en la Europa del siglo XIX, bien que no sin resentirse su actual controversia de aquellas mismas limitaciones de su propia investigación, demasiado circunscrita para estos efectos. En todo caso, para el mismo estudio de nuestro iuspublicismo, notoriamente peor situado en su gestación histórica y menos conectado con la propia historia de la cultura jurídica, resultará no poco provechosa la más puntual atención a este género de investigaciones.

B. CLAVIRO

CIMMA, María Rosa: *Ricerche sulle società di publicani* (Giuffrè, Univ. di Roma, 1981). 275 págs.

El lector de nuestro ANUARIO recordará el estudio que a este mismo tema dedicó hace años (vol. 19: 1948-49) Juan Antonio Arias-Bonet, estudio que la a. tiene muy en cuenta. Los dos primeros capítulos se refieren a la actividad y estructura de las sociedades de publicanos en época republicana; el tercero, a la época del Principado; y el cuarto a la *societas vectigalis* en época clásica y en la Compilación de Justiniano.

Esta nueva monografía constituye una aportación valiosa al conocimiento de la realidad económico-social, pues, como es notorio, los juristas romanos

prestaron poca atención a este tipo de sociedades. Así se explica que las fuentes epigráficas citadas ocupen más de cuatro páginas del índice, las literarias, casi siete, pero las jurídicas menos de dos. Quizá el tema jurídico más relevante es el de la acción *in factum* por exacciones ilícitas (EP. § 183) y por el hurto que cometen los esclavos de los publicanos (EP. § 138), pero de estos aspectos privados no trata la a.

A. O.

CORBINO, Alessandro: *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù* (Giuffrè, Univ. di Messina, 1981). 249 págs.

La idea de que las antiguas servidumbres rústicas empezaron por configurarse como una pertenencia del terreno ajeno en la medida necesaria para los distintos tipos de «paso» o de acueducto, idea propuesta hace más de un siglo por Voigt, parece hoy generalmente admitida, pero subsisten siempre algunas dificultades para la determinación exacta del tipo de pertenencia —si exclusiva, como parece posible en el acueducto, pero menos en las servidumbres de paso, o compartida— y de la época de aparición del concepto de *ius praedii* en los distintos casos, habida cuenta de que todas las servidumbres rústicas entran dentro de la categoría de *res mancipi*. A esclarecer estos problemas dedica el a. la presente monografía.

Sobre la incidencia en este tema del dato que ahora aporta la *Tabula Contrebiensis* —donde se habla de adquirir un *ager* para construir un *rivus* y conducir el agua—, en ambiente provincial y el año 87 a. C., ya llamé la atención en AHDE, 1980, p. 5 s., pero la cuestión aparece tratada más ampliamente por Armando Torrent en su contribución a los *Studi Biscardi* (vol. II): *El origen de la «servitus aquaeductus» a la luz de la Tabula Contrebiensis*. Un dato que no pudo tener en cuenta Corbino.

A. O.

CORONAS GONZÁLEZ, Santos M.: *La Audiencia y Chancillería de Ciudad Real (1494-1505)*. Separata de los «Cuadernos de Estudios Manchegos», núm. 11, II época, agosto 1981, págs. 47-139.

La obra pretende mejorar el conocimiento institucional de las antiguas Audiencias, en concreto la de Ciudad Real, sobre la que no existía estudio previo.

Tras un primer capítulo dedicado a analizar los aspectos generales de su creación, establecimiento y posterior traslado a la ciudad de Granada, se dedican los dos siguientes al estudio institucional de la Audiencia y de la Chancillería, en base a fuentes legales y documentales en buena parte inéditas.

Respecto a la Audiencia, se distingue por un lado los órganos jurisdiccio-

nales, Presidente de la Audiencia, Oidores, Alcaldes de Crimen, Alcaldes de Hijosdalgo, Notarios de Provincias, y por otro, los restantes órganos de la misma, Procurador Fiscal, Escribanos y Receptores de pruebas, Abogados y Procuradores de pobres, Receptor de las penas de Cámara, Alguacil Mayor, Carcelero y Porteros de Cámara.

En cuanto a la Chancillería, se estudia su instauración en la Corona de Castilla, junto con su función de Registro y Sello.

La obra contiene un apéndice de documentos inéditos, entre los que cabe destacar un Memorial anónimo dirigido a los Reyes Católicos en relación con la fundación de la nueva Audiencia y Chancillería de Ciudad Real y un informe de la visita que Martín de Córdova hizo a dicha Audiencia y Chancillería, expresiva muestra de la distancia que media entre lo estatuido y la práctica.

CARLOS PRIETO GONZÁLEZ

FATAS, Guillermo: *Tabula Contrebiensis* (Contrebia Belaisca [Botorrita, Zaragoza] II) (Univ. de Zaragoza, 1980). 128 págs. y 5 láms.

Hubo que agradecer al a. la pronta publicación del importante bronce latino de Botorrita, la antigua Contrebia, y gracias a su solicitud pudimos tener noticia del texto (vid. AHDE, 1980, p 1 ss.). Ahora nos presenta la edición definitiva de esta inscripción: el texto latino acompañado de una traducción, los aspectos materiales del bronce y los arqueológicos del hallazgo, las particularidades gráficas, los datos geográficos y onomásticos, con un estudio especial sobre la personalidad del gobernador que autorizó el juicio, Cayo Valerio Flacco, los aspectos socio-políticos, y un estudio de la cuestión jurídica controvertida. Cualquier nuevo estudio sobre este singular documento judicial del año 87 a. C. deberá basarse en esta edición del Bronce de Contrebia.

Para evitar posibles confusiones, conviene recordar que cuando se habla del «Bronce de Contrebia» o *Tabula Contrebiensis* se trata de esta inscripción latina, pero cuando se habla del «Bronce de Botorrita» se trata de otra importante inscripción en alfabeto ibérico, todavía no descifrada, que también parece tener interés jurídico, y fue publicada por Antonio Beltrán en el volumen I de esta misma serie sobre Contrebia Balaisca (Zaragoza, 1980); vid. también *Caesaraugusta* 51-52 (1980) 103.

A. O

FOTI TALAMANCA, Giuliana: *Ricerche sul processo nell'Egitto greco-romano. II: Introduzione del giudizio, 1* (Giuffrè, Milano, 1979). 334 págs.

En AHDE, 1975, p. 735, dimos noticias del primer volumen de esta obra, que se refería a la organización del *conventus* del prefecto de Egipto. Esta primera parte del volumen segundo trata de la citación al mismo *conventus*, tras sendos capítulos sobre la citación a juicio en el Egipto ptolemaico y la *evocatio* y *denuntiatio* en la *cognitio* extraordinaria en otras regiones del Imperio. De la investigación de la a., sobre la base de un amplio material papirológico, resulta que la única forma de citación al *conventus* del prefecto es la *parangelia*, sea en la forma pública, de comunicación mediante el *hypereetes*, sea en la forma privada, de comunicación oral directa por el demandante al demandado y documentada, por cuenta de aquél, en forma de *testatio*.

En la parte que sigue, la a. anuncia ocuparse de la *parangelia* fuera de la jurisdicción del *conventus*.

A O

GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa: *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (EUNSA, Pamplona, 1981). 418 págs.

El tema de la noxalidad ha adolecido de un enfoque excesivamente civilístico, que impulsaba a remontarse a zonas históricas muy oscuras, como son siempre las de orígenes. La autora, en cambio, se ha planteado la tarea de analizar la realidad procesal, que es siempre de derecho pretorio, y ha empezado por estudiar el caso límite de que la acción civil, la noxal, sea imposible por falta de colaboración del dueño demandable por el delito cometido por su esclavo. Ha ido así de una manera directa y eficaz a resolver la cuestión práctica que plantea tal actitud del supuesto dueño. Ha visto con claridad que, si el esclavo acusado está presente, es decir, *in iure*, basta con que el pretor decreta su *ductio* a favor del reclamante. Pero si el esclavo no está presente, se ofrece en el Edicto la posibilidad de una *actio in factum* contra el demandado que dolosamente niega tener al esclavo en su poder, y esa acción es la que constituye el tema propio de esta investigación. Un tema aparentemente pequeño, pero que ha servido a la autora, no sólo para un análisis exhaustivo del mismo, sino para aclarar otras muchas cuestiones importantes, como la función decisiva de la *interrogatio in iure* para determinar la legitimación procesal pasiva en la acción noxal, y vislumbrar otras consecuencias de mayor alcance todavía, como la unidad de la misma acción noxal.

A. O.

GUARINO, Antonio: *Diritto Privato Romano*, sexta edizione, y *Storia del Diritto romano*, sexta edizione (Jovene, Milano, 1981). 934 págs. y 721 págs., respect.

Que unos manuales universitarios, como estos de Guarino, hayan alcanzado su sexta edición muestra ya que se trata de obras cuidadosamente revisadas por el autor, y constantemente contrastadas por la experiencia docente, aunque esta nueva edición no presente cambios notables respecto a la anterior de ambos libros. Cómo la estabilidad de la enseñanza de una asignatura muy estabilizada sistemáticamente como es la del Derecho romano sea compatible con rasgos muy originales que proceden de una personal visión del autor, es algo que se hace patente con estos dos manuales.

La aparente extensión de estos dos textos, dentro de la economía del plan de estudios de la Facultad de Derecho en Italia, se explica por la tradición allí vigente de los tres cursos de «Romano»: *Istituzioni*, *Storia* y *Diritto Romano*. En qué medida esta tradición se observa realmente en todas las universidades y no se halla algo modificada por acuerdos particulares y las mismas preferencias del alumnado, no sabría decir. En todo caso, es evidente que Italia mantiene un nivel docente alto, en Derecho Romano, al que corresponde el hecho de que quizá la mitad o más de los romanistas activos en todo el mundo sea de nacionalidad italiana, lo que relega a la lengua dominante en otras áreas, el Inglés, a un rango mucho más modesto.

A. O.

GUARINO, Antonio: *Mandatum credendi* (Jovene, Napoli, 1982). 154 págs.

Se recoge un curso del a. en la Universidad de Nápoles. Tras unas páginas preliminares en las que, con la agilidad acostumbrada, trata de la situación del estudio romanístico en las universidades italianas (recordando tiempos «heroicos» hoy superados «y, al menos en parte, justamente superados»: p 9), así como del interés del tema para el jurista moderno, el a traza una historia retrospectiva del *mandatum pecuniae credendae* en época de Justiniano, en la época de Adriano y en sus orígenes. Debe destacarse la opinión del a. de que la resistencia de Servio frente a este tipo de mandato se debía a que en aquella época todo negocio que pudiera tener relación con los intereses del dinero prestado era objeto de una consideración recelosa, y la *actio mandati contraria*, en nuestro caso, podía servir para asegurarse el acreedor el cobro de las *usurae*. En Gai 3,155-156, donde se menciona una aparente contradicción doctrinal entre Sabino y Servio, tendríamos «un corte mal remendado» (p. 114), y las *res cottidianae* (D. 17,1,2) tampoco se podrían atribuir a Gayo (p. 121 ss.): de nuevo, pues una depuración para defender el clasicismo de Gayo, al que yo,

en cambio, creo capaz de todo. Pero que esa haya sido la razón de la negativa de Servio, quizá no resulte del todo convincente, ni la explicación de Gayo, aunque algo trivial, sea tan desorientada, y trate, efectivamente, de la consideración de si el mandante que sale garante tiene o no interés en el contrato. Por lo demás, la concurrencia, en esa primera época, de nuestro mandato con la *fideiussio* depende bastante de la fecha de nacimiento que demos a la *fideiussio*.

A. O.

HAMILTON B.: *The Latin Church in the Crusader States. The Secular Church* (Variorum Publications 1, London 1980). x-410 págs.

El autor de este libro enseña en la Universidad de Nottingham y es conocido por una serie de estudios que aparecieron reunidos en la serie *Variorum Reprints*, en 1979, bajo el título de *Monastic Reform, Catharism and the Crusades (900-1300)*. El libro que ahora reseñamos contiene una historia de la Iglesia en los estados o reinos latinos de Siria y Tierra Santa, desde el establecimiento de la jerarquía eclesiástica latina, a raíz de la primera cruzada, hasta la pérdida de dichos territorios por parte de los latinos en 1291. Existían muchos estudios sobre puntos muy concretos de esta temática. Pero faltaba un estudio de conjunto, y esto es lo que intenta ofrecer el presente volumen. En sucesivos capítulos se estudia de forma sistemática el establecimiento de la Iglesia latina en aquellos reinos cruzados, su organización desde el nivel parroquial hasta la suprema instancia local de los dos patriarcados de Jerusalén y Antioquía, las fuentes de ingresos, las relaciones con los ortodoxos y con las otras iglesias separadas de Oriente, intentos unionísticos y otros temas menores. En apéndice se dan las listas de los papas y patriarcas de cada uno de los patriarcados de las iglesias latina, ortodoxa y separadas. La utilidad de estas listas, puestas al día previamente a tenor de los más recientes estudios, es evidente. Esta obra reviste especial interés por la seriedad con que está elaborada y porque viene a colmar una importante laguna en la historiografía actual, laguna todavía más sensible en el ámbito de la lengua española.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

HERVADA, J. y ZUMAQUERO, J. M.: *Textos constitucionales españoles (1808-1978)*, EUNSA, Pamplona, 1980, 484 págs.

Constituye esta obra una recopilación de los textos constitucionales (Estatutos reales, Constituciones y Leyes fundamentales) que ha habido en nuestro país desde el primero de ellos, promulgado en 1808, hasta la Constitución actualmente vigente. Los textos son reproducidos a partir de la

edición oficial o, caso de no haberla, de la edición oficiosa que en su momento se publicó.

Respetando la costumbre de editar los documentos del siglo XIX con grafía actual, los textos recogidos en este libro han sido editados tal como aparecieron en su tiempo. De esta forma se intenta, además, evitar la introducción de alteraciones textuales que hubiesen podido producirse, como de hecho puede observarse en ediciones modernas, hasta el punto de no ser exagerado hablar de una parcial corrupción de los textos constitucionales más antiguos.

Las últimas cincuenta páginas del libro contienen unos utilísimos índices onomásticos y de términos y expresiones.

S R.

ILARI, Virgilio: *L'interpretazione storica del diritto di guerra romano fra tradizione romanistica e giusnaturalismo* (Giuffrè Milano, 1981). xv + 247 págs.

El autor, de cuyo libro sobre el derecho de guerra en el mundo antiguo ya dimos noticia en ANUARIO, 1981, pág. 783, ofrece aquí una muy documentada exposición del derecho de guerra en la doctrina de los juristas, desde el Renacimiento. Como indica ya el mismo título, se sigue con claridad el proceso por el que la argumentación basada en la autoridad de los textos romanos se desvaneció, sobre todo desde Gentili y Grocio, para dar paso a un sistema de argumentación fundada a la vez en la nueva experiencia histórica de las guerras modernas y en criterios filosóficos de pretensión racionalista. Al mismo tiempo, esta obra interesará a los romanistas por mostrar la tradición de los ecos del antiguo *ius fetiale*.

Antes de llegar a los cuarenta años de la eclosión pacifista que pretendió eliminar toda consideración de un «derecho de guerra», por considerar que nada hay tan contrario al derecho como la guerra, quizá haya que ir haciéndose a la idea de una recuperación de aquella tradición del *ius belli et pacis* como eje de todo el derecho internacional.

A. O.

JUNYENT I SUBIRÁ, Eduard: *Diplomatari de la Catedral de Vic. Segles IX-X*. Patronat d'Estudis Ausonencs. Vic [1982], fasc. 2 (págs. 137-272).

El fascículo segundo de este interesante Diplomatario, de cuyo inicio y características generales dimos cuenta en el vol. LI del ANUARIO (páginas 769-770), alcanza los documentos núms. 161-324 (años 933-960), cubriendo con ello aproximadamente la mitad del repertorio preparado. Sigue el predominio de las ventas y donaciones de bienes rústicos, con escasa presencia de

personajes públicos: condes, obispos, vizcondes y vicarios. Las donaciones *pro remedium animae*, a favor de entidades eclesiásticas —la mayoría, lógicamente a la sede de Vic— ofrecen ya junto a los de carácter pleno, la modalidad de la reserva vitalicia de la posesión a favor de los donantes, o también de su posteridad, o de terceras personas determinadas —bien sea con pago de *tascha* o servicio— a la entidad donataria, o sin indicación alguna en este sentido. A señalar por su rareza un par o tres de donaciones no eclesiásticas, entre ellas una del conde Borrell a un *fidelis* suyo (núm. 271), y entre las ventas, una sola con pacto de retro, dentro del plazo de quince años (núm. 224), anticipo de la futura extendida modalidad catalana de la «carta de gracia». Los instrumentos sucesorios están representados, aparte de dos testamentos, con la habitual estructura de designación de albaceas y ordenación de legados particulares (núms. 246 y 285), por varias donaciones *manumissorias*, en que se ejecutan disposiciones ordenadas en su día por los respectivos causantes con alusiones no muy precisas a la forma y momento de ser realizadas. No aparecen todavía instrumentos de establecimiento o contratación agraria, pero en algunas piezas se alude a la adquisición de viñas por *complantationem* (docs. 215, 264 y 322).

Por su singularidad, entre la masa general de estos instrumentos transaccionales de bienes, debemos destacar dos documentos, uno de redención (161) y otro de venta (279) de siervos, que reconducen a respectivas *traditiones in potestate* de los mismos por asesinato de sendos hijos de los receptores de tal potestad. Y especialmente el famoso juicio de Artés (doc. 182 del año 938), celebrado ante la presencia del conde barcelonés Sunyer, vizconde, jueces y *boni homines*, verdadero acto de público reconocimiento del derecho eminente de la sede del Vic sobre las tierras de aquel término, realizado por los habitantes del mismo (más de un centenar, citados por sus nombres), a requisición del obispo Jorge, y que recuerda la análoga declaración de los habitantes del valle de San Juan de Ripoll a la abadesa Emma, en el año 913, tan conocida ya. También merecen señalarse el decreto de la restauración de la Canónica de Vic, y su correspondiente dotación por el obispo Guadamiro en 957 (doc. 302), y el inventario de los bienes muebles de su iglesia, obrantes a la muerte de dicho prelado (doc. 303), como exponentes de la vida jurídica interna de la sede.

J. F. R

LEVY, Ernst: *Pauli Sententiae. Palingenesia de los primeros títulos, como modelo para la investigación del derecho romano vulgar de Occidente*. Traducción de Jorge ADAME. (Anuario Jurídico [Méjico], 1980), págs. 449-550.

Aunque aparecido en las páginas de una revista, debemos considerar esta obra como un libro, que realmente es: publicado por la Cornell University Press en 1945. El traductor, Jorge Adame, profesor de la Escuela Libre de

Derecho, de Méjico, está trabajando actualmente en la continuación de lo iniciado por Levy hace más de un tercio de siglo, y podemos esperar que pronto publique la parte correspondiente a lo que faltaba del primer libro de las PS. Levy interrumpió su trabajo al llegar al título 7 (*de integri restitutione*), que le dio motivo para una investigación particularmente detallada del tema. Adame empieza ahora con ese título que Levy no llegó a abarcar en su libro, y termina, de momento, con el título 21 (*de sepulchris et lugendis*), último del primer libro. Habrá que seguir luego con los otros cuatro libros de las PS: una tarea de muchos años pero necesaria, y no sólo para la investigación del derecho romano vulgar, cuya fuente principal son las PS., como bien vio Levy, sino por la luz que este análisis de los estratos superpuestos en esta fuente post-clásica aporta para el estudio de la historia de los libros jurisprudenciales romanos en general. Porque las *Textstufen* de Wieacker necesitan del complemento del análisis de las PS. que Wieacker dejó a un lado, y creo que, si la «estratigrafía» de las PS. llegase un día a constituir una base firme, podríamos ver con más exactitud el problema general de los admirables estudios de Wieacker, e introducir en ellos las debidas rectificaciones. De ahí el mérito del trabajo de Adame, que nos ofrece ahora la traducción de una obra que proyecta seguir realizando, y con el mismo método de Levy.

A. O

MAÑANES, Tomás: *El Bierzo prerromano y romano*, León 1981. 481 págs.

Estamos ante el volumen núm. 27 de la gran colección que bajo el título *Fuentes y Estudios de Historia Leonesa* dirigen el Centro de Estudios e Investigación «San Isidoro» (C.S.I.C.) y el Archivo Histórico Diocesano y patrocina económicamente con una generosidad admirable la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de León; esta colección tiene que resultar ya familiar a jurídico medieval. Fuente de la misma serían el Decreto y las Decretales, Diplomática del Monasterio de Sahagún, el Catálogo del Archivo Histórico Diocesano de León, y más recientemente los tres volúmenes del Libro Becerro de las Behetrías.

La obra del doctor Mañanes se centra sobre el Bierzo, comarca leonesa dotada de una gran personalidad e interés histórico por tratarse de una zona intermedia entre las culturas de la Meseta y la cultura castreña del Noroeste, y por ser, además, en época romana una comarca de riquísimas explotaciones auríferas.

Comenzando por la prospección de la zona establece el autor un catálogo de yacimientos para pasar a analizar el poblamiento de la misma, las características de su «habitat» y sus restos arqueológicos como arquitectura, escultura y cerámica; un capítulo especial se consagra a la Epigrafía y Onomástica tanto de los antropónimos como de los topónimos.

Sigue el estudio de las vías de comunicación que existieron en la zona tanto en la época prerromana como en la romana, destacando las ciudades y los castros que las mismas enlazaban; no sólo se recorren las vías principales, sino también las secundarias, que tanto han influido en el trazado de los caminos medievales y aun en los de la época moderna.

En los capítulos siguientes se desarrolla el marco sociopolítico y religioso en que vivía el Bierzo, así como su economía marcada por la abundancia e importancia de los yacimientos auríferos y férricos en plena explotación, intentando relacionar la minería con la naturaleza y el grado de conservación de los bosques que la circundaban.

No podemos menos de calificar como magnífica esta monografía del doctor Mañanes sobre el Bierzo prerromano y romano, aunque por la escasez de textos escritos: una inscripción epigráfica citando el Bierzo, los escuetos datos geográficos de Ptolomeo y los elencos de los itinerarios, el interés especial de la misma para los historiadores del derecho se vea muy reducido; este interés para nosotros se concentra en el capítulo que estudia las inscripciones epigráficas de época romana halladas en el Bierzo, unas 25 aproximadamente, y en el estudio de la toponimia medieval.

GONZALO MARTINEZ DÍEZ, S. I.

MECACCI, E.: *La Biblioteca di Ludovico Petrucciani, docente di diritto a Siena nel Quattrocento* (Quaderni di «Studi Senesi» 50; Milano, E. Giuffré, 1981). xii + 170 + 1 lámina.

Este libro reconstruye la historia de la Biblioteca del jurista Ludovico Petrucciani. Este personaje estudió en Perugia, donde tuvo como maestros a Matteo Feliciani y a Giovanni da Montesperello. Enseñó en Siena desde el curso de 1436 al de 1447-48. El resto de su vida parece transcurrió en Roma, donde fue abogado consistorial, cargo que simultaneó con la docencia de entrambos derechos en el Estudio de la Curia Romana. Es autor de unas *Additiones ad Repertorium Ludovici Cortesi*. En su biblioteca figuraba un códice con sus *Consilia et allegationes*, 15 de los cuales se conservan todavía impresos unas veces y manuscritos otras (algunos en el Colegio de España de Bolonia, a donde pudieron llegar a través del fondo de códices de Antonio Agustín, aunque no consta de ello explícitamente). Todavía le quedó tiempo para dedicarse a la especulación financiera, lo que le facilitó el acceso a una fortuna bastante saneada. Esto le permitió, entre otras cosas, llegar a poseer una importante biblioteca, prevalentemente jurídica, de una cierta importancia no sólo cuantitativa, sino también cualitativa. En ella figuran las obras fundamentales de ambos derechos del s. XIII-XV, tanto desde el punto de vista de la teoría como de la praxis civil y canónica de la época. Ludovico tenía un hermano monje en el monasterio de Monte Oliveto Maggiore. A su muerte

dejó una parte de su importante biblioteca a dicho monasterio, el cual necesitó todavía realizar algunas gestiones legales para conseguir que la viuda de Ludovico entregara los libros. Como los monjes no tenían un especial interés por la cultura jurídica, volvieron a vender buena parte del legado que les había correspondido, en 1468, a un cierto Antonio Pucci de Florencia, perdiéndose en lo sucesivo todo rastro de este lote de libros. Tal es, a grandes rasgos, la historia que el Autor de este libro reconstruye. Para ello ha tenido que realizar una paciente investigación en unos quince fondos diferentes. En este libro se ofrece además un buen catálogo de unos 30 códices otrora pertenecientes a la biblioteca de Ludovico, y hoy en la Biblioteca comunale degli Intronati de Siena. El cuerpo de noticias resultante, inteligentemente elaborado por el autor de este libro, nos permiten ahora un conocimiento bastante matizado de un jurista de mediados del s. xv, junto con su biblioteca y demás actividades. La vida y obra de los grandes juristas medievales son relativamente bien conocidas. Pero sobre personajes de segunda fila, como el aquí biografiado, carecemos las más de las veces de estudios modernos. Y es obvio que el interés de estas figuras, sobre todo cuando se trata de juristas prácticos, resulta elevado, porque nos permite conocer mejor el derecho en acción en unas determinadas coordenadas de tiempo y espacio.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

MINNUCCI, G.: *Le lauree dello Studio Senese alla fine del secolo xv* (Quaderni di «Studi Senesi» 51: Milano, Giuffré Editore, 1981). 124 págs.

Este libro contiene un análisis y edición de 114 actas notariales de graduados en la Universidad de Siena desde 1484 a 1486 y desde 1496 a 1501. En un estudio introductorio e índices finales (onomástico-temático, de promotores, de graduados como doctores, licenciados y bachilleres), más una tabla cronológica, se recoge lo más importante del contenido de estas actas. Generalmente en cada una se especifican total o parcialmente los siguientes datos: año, mes, día, indicción, nombre del candidato, apellido y lugar de nacimiento, patronímico, diócesis tratándose de clérigos, nación de origen para los ultramontanos, presentación del promotor al vicario del arzobispo de Siena, indicación de los *puncta* del examen, etc. De ahí que nos hallamos ante un filón documental de gran importancia para los estudios de historia universitaria e incluso para otros sectores de los saberes históricos. Por las actas notariales aquí examinadas desfilan 123 escolares, de los cuales 29 son de derecho canónico, 30 de civil, 25 *de utroque*, 1 de artes, 1 de medicina, 28 de artes y medicina, 6 de teología, más tres sin indicación de facultad. Aparte de los territorios de lo que hoy es Italia, aparecen en estas actas escolares de Alemania, Portugal, España, Polonia y Suecia. En este libro, bien conce-

bido y bien realizado, se advierte la inspiración y dirección experta del Director de esta serie, que es el profesor Domenico Maffei.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

MOLINA, Luis de: *La teoría del justo precio*. Edición preparada por F. G. CAMACHO (Clásicos para una Biblioteca Contemporánea 5; Madrid, Editora Nacional, 1981). 422 págs.

Luis de Molina es, tanto a escala española como europea, uno de los más distinguidos teólogos-juristas del siglo XVI. Sus tres libros, *Concordia*, *De legibus* y *De iustitia et iure*, figurarán siempre entre las obras de vanguardia en el pensamiento de su época. Aunque su tratado *De iustitia et iure* se presenta formalmente como un comentario a la *Secunda Secundae* de Santo Tomás de Aquino, su enfoque y contenidos rebasan cuanto se pudiera decir en los siglos XIII-XV sobre los temas que aquí se tratan. En este libro que reseñamos se ofrece a los lectores una buena traducción española de las disputas 336, 345-365, que tratan de los temas económicos. La novedad de los problemas con respecto a la Baja Edad Media y el rigor del tratamiento de Molina han hecho que no falte quien le considere como uno de los padres de la moderna economía científica. En un centenar de páginas proemiales, el doctor Camacho consigue hacer inteligible el pensamiento económico de Molina al lector actual, proyectándolo más sobre los desarrollos ulteriores de toda esta temática que sobre las doctrinas precedentes y contemporáneas de Molina. Una mayor modernización y control de las autoridades que aduce Molina en forma de citas a pie de página hubiese añadido valor y utilidad a esta edición, ya que no todos los lectores serán capaces de moverse con soltura en el proceloso mar de citas de autores medievales formuladas al estilo que se hacía en el siglo XVI.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

NOLASCO DEL LLANO, Pedro: *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las 83 Leyes de Toro*, Valladolid, 1981, Editorial Lex Nova, 394 págs.

En estos momentos en que se ha multiplicado el número de las Facultades de Derecho y de los Colegios Universitarios en que también se imparten las enseñanzas jurídicas con la paralela multiplicación de las Bibliotecas, creo que puede ser útil dar cuenta de las ediciones anastáticas de obras antiguas y por lo mismo ascquibles en la hora actual.

Este es el caso de la obra que aquí recogemos, que reproduce la edición de Madrid de 1785, con una presentación, papel y encuadernación sencillamente magníficas, enriqueciendo así con un nuevo título la serie de obras

históricas del Derecho Castellano que la misma editorial viene reproduciendo anastáticamente: Ordenamiento de Alcalá (1960), El Fuero Viejo de Castilla (1964), Instituciones del Derecho civil de Castilla (1975), Fuero Real (1979), Fuero Juzgo (1980) y ahora las Leyes de Toro (1981).

GONZALO MARTÍNEZ, S J

RABELLO, Alfredo M.: *Effeti personali della «patria potestas»*. I: *Dalle origini al periodo degli Antonini* (Giuffrè, Milano, 1979). xvi-406 págs.

Tras una revisión de las distintas teorías sobre la antigua familia romana, y de adherirse a la de Luzzatto, según la cual (contra Bonfante) aquélla no trasciende al orden político, el a. examina la legislación arcaica pertinente, el tratamiento de la patria potestad en la jurisprudencia republicana y de los dos primeros siglos del Imperio, y las constituciones imperiales. En un primer apéndice trata de los recursos procesales de la *patria potestas* clásica y de la adquisición de la patria potestad sobre los propios hijos a la muerte del *paterfamilias* abuelo. En un segundo apéndice examina el poder paterno en el derecho judío y sobre el juicio de Miriam y sus hijos por un consejo de parientes y amigos convocados por el marido de aquélla, Herodes, el 29 a. C. (el autor procura evitar la referencia a la era Cristiana, por ser él judío, con las siglas «E. V.»): no se podría deducir del pasaje de Flavio Josefo (*antiq.* 15,288-231) donde se narra el hecho, la conclusión de que Herodes, ciudadano romano, hubiera convocado un tribunal doméstico a título de patria potestad, sino que actuó en esa ocasión como un rey absoluto helenístico, sin miramiento ni por el Derecho romano ni por el judío

A O

RASTAETTER, Jürgen: *Marcelli Notae ad Iuliani Digesta* («Inaugural-Dissertation» para el grado de doctor en la Albert-Ludwigs-Universität de Friburgo de Brisgovia, 1980). vii + 308 págs.

El interés de los romanistas por el estudio particular de los distintos libros de la Jurisprudencia romana es creciente desde hace medio siglo, y en estos últimos años la literatura sobre libros y autores es realmente importante. Los juristas romanos no son ya las «personas fungibles» de antaño, ni tampoco sus obras pueden considerarse sin distinguos. El carácter propiamente «histórico» de la investigación romanística se manifiesta hoy muy especialmente en esta nueva consideración de las diferencias personales y aun entre las obras de un mismo jurista. Y dentro de esta línea de investigación presenta un interés del todo especial el determinar la actitud que los juris-

tas romanos observan entre sí, y el uso que unos hacen de las obras de los otros. En esta dirección se inserta la presente tesis doctoral de Friburgo, bajo la dirección de Joseph Georg Wolf.

El a. analiza todos los pasajes en los que Marcelo hace observaciones de los *digesta* de Juliano. Juliano fue el gran innovador del derecho en época del emperador Adriano, y su obra principal no podía pasar sin ejercer un poderoso influjo a la vez que reacciones críticas. Las observaciones de Marcelo, jurista de gran espíritu crítico y también él original, son una buena muestra de ese efecto. Como señala el a., las *notae* de Marcelo son muchas veces críticas, pero no siempre, pues muchas veces también sirven para aclarar el pensamiento de Juliano, y otras para deducir de él nuevas consecuencias.

Siempre que un romanista se encuentre, en su estudio, con una *nota* de Marcelo a Juliano hará bien en consultar este trabajo del doctor Rastatter.

A. O

Recopilación de las Leyes destos Reynos hecha por mandado de la Magestad Católica del rey don Felipe Segundo..., Madrid, 1640.

Creemos que será útil especialmente para las nuevas Facultades de Derecho y los Colegios Universitarios en que se imparten las enseñanzas jurídicas conocer que la Nueva Recopilación ha sido objeto de una edición facsímil en este año de 1982 por la Editorial Lex Nova.

Hasta el momento se ha publicado el volumen primero de los tres con que contaba la edición de 1640 conteniendo los cuatro primeros libros de la mencionada Recopilación de Leyes compuesta en 1567.

La nueva edición facsímil, técnicamente irreprochable, pone al alcance de todos los historiadores del derecho un texto jurídico de hace cuatro siglos, que no había sido reeditado desde hace más de un siglo.

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, S. I

RODRÍGUEZ-NEILA, Juan Francisco: *Sociedad y Administración local en la Bética romana* (Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1981). 187 págs., 5 láms.

El a. puede ser considerado como el mejor conocedor de la vida municipal en la España Romana. De su extensa tesis doctoral sobre el tema ha ido adelantando algunas publicaciones parciales, como ésta sobre los municipios de la Bética, que se puede considerar principal, pues, como es sabido, la vida municipal en ninguna otra provincia de la Hispania romana alcanzó tanta difusión e intensidad. En los distintos capítulos va recorriendo los más importantes aspectos de la vida social de los municipios. Menos atención ha

prestado el a. a la legislación municipal, pero sobre esto cualquier noticia hubiera resultado excesivamente insuficiente en tanto no se puedan aprovechar los nuevos datos que nos va a proporcionar la *lex Irnitana*, cuya edición se espera con el mayor interés por cuantos se ocupan de la España romana y del derecho romano en general; se trata de un texto que, aunque repite en buena parte de las leyes Salpensana y Malacitana, ofrece muchísimas novedades de importancia. Permite también hablar ya de una *lex Flavia municipalis*, en base a una anterior ley municipal de Augusto, de las que todas las tablas que se nos han conservado serían de copias correspondientes a un momento, bajo Domiciano, en el que las ciudades de la Bética se afanan por ostentar su condición municipal a efectos de poder lucrar la ciudadanía romana en virtud del *ius Latii* que Vespasiano había concedido a los españoles hacía menos de veinte años.

A. O.

SALINAS, FRANCISCO: *Manual de Derecho Civil Navarro* (Aranzadi, Pamplona, 1980). 710 págs.

El jurista que se pone en contacto con los foralistas navarros queda prontamente admirado del sentido histórico de éstos. Es cierto que todo el derecho es siempre histórico, pues se manifiesta en textos con fechas determinadas, cuya relación es de la mayor importancia, tanto para la interpretación como para la aplicación práctica; pero entre los navarros esta relatividad histórica de los textos jurídicos se presenta de manera muy singular, hasta el extremo de que las nuevas leyes, en concreto el Fuero Nuevo, quedan sin más incorporadas a una secuencia histórica tradicional: son una fuente más y no una «norma» que deroga a las anteriores, aunque, naturalmente, deba observarse su vigencia actual a los efectos judiciales. De ahí que los libros de derecho navarro sean siempre libros de historia jurídica.

Francisco Salinas, cuyas publicaciones sobre derecho navarro son múltiples y muy conocidas, nos presenta este carácter típico del jurista navarro de manera muy notable. De ahí que este *Manual* en que nos expone compendiosamente el sistema del derecho privado navarro, sobre la base del Fuero Nuevo, sea a la vez, una historia de ese derecho, y merezca ser tenido en cuenta por los historiadores del Derecho español.

A. O.

SÁNCHEZ HERRERO, J.: *Cádiz, la ciudad medieval y cristiana, 1260-1525*. (Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba; Córdoba, 1981). 288 págs.

Es bien conocida la importancia del Gades fenicio, griego y romano o del Cádiz posterior al descubrimiento de América. Parcas son, en cambio, las informaciones sobre la vida gaditana durante la reconquista. Y ésta es precisamente la laguna que este libro viene a colmar, utilizando para ello no sólo los 180 documentos conservados en la Catedral de Cádiz, sino unos 400 que han logrado reunir después de la paciente consulta de diferentes archivos.

En un primer apartado, el autor estudia la evolución política, a partir del momento en que Fernando III y Alfonso X el Sabio incorporan Cádiz a la Corona castellana hasta que Cádiz participa en el descubrimiento de América y en la rebelión de los comuneros. El segundo capítulo está dedicado a los aspectos urbanísticos: ciudad y alrededores, la casa (materiales y sistemas de construcción y su tipología), evolución demográfica. Hay que notar que Cádiz del s. XIII al XV no sobrepasó los 300 vecinos. El siguiente capítulo versa sobre la economía: producción agrícola, industria, y sobre todo el comercio, que alcanza cotas elevadas en la segunda mitad del s. XV. Entonces fue vivamente apetecida por la nobleza, debido a sus pingües rentas. Cádiz cobra cada día más importancia, como centro de importación y de exportación. A Cádiz llegan los esclavos africanos y canarios, el oro, la cera, el cuero, los animales exóticos, etc. De Cádiz salen de nuevo todos estos productos, más la plata castellana, el mercurio de Almadén, y los productos agrícolas andaluces. Lugar aparte merece la pesca del atún en las almadrabas gaditanas, y su venta en fresco, salado o en conserva, considerado como el «maná del océano» por las buenas rentas que proporcionó. El capítulo cuarto trata de estudiar los grupos sociales, particularmente el de los nativos y el de los foráneos. En cuanto a los primeros, cabe destacar que no había nobleza en Cádiz. Como queda indicado, fue el comercio el que impulsó el auge de la sociedad gaditana. Los pequeños comerciantes alcanzaron, en este contexto, los puestos directivos de la ciudad y de la nobleza de segunda clase. Entre los foráneos, destacan los genoveses, presentes desde el s. XV en toda la región de Cádiz, Jerez y Sevilla. Cádiz pasó de ciudad de realengo a señorial hacia 1466-67, retornando al realengo en 1492. En el cap. 5 se estudia la evolución del poder en Cádiz, examinando el concejil, el señorial y el real, al mismo tiempo que sus respectivas haciendas. El último capítulo aborda el tema de la organización eclesiástica y de la religiosidad popular: restauración de la diócesis, episcopologio, cabildo, parroquias, conventos, ermitas, manifestaciones y prácticas de la vida cristiana.

Este libro, así concebido, representa un feliz intento de historia total. El autor proyecta con habilidad el tema de Cádiz sobre la historia general de la época y viceversa, razón por la cual este estudio no sólo interesa para la

historia sectorial, sino también para la historia en su más amplia acepción. Sin duda será también bienvenido el corpus documental que el autor piensa editar a base de las fuentes que sirven de base a esta historia.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

SANTOS, María José Azevedo: *O Cartulário do Mosteiro de S. Paulo de Almaziva. Edição crítica*. Coimbra 1981. 207 págs. Separata do *Arquivo Coimbrão*, vol. XXIX, 1981.

El lugar, S. Paulo de Almaziva o S. Paulo de Frades, como hoy se llama, se halla situado a 5 kilómetros al nordeste de Coimbra. En 1220, Fernando Peres, que había sido Chantre en la Catedral de Lisboa, solicita del Capítulo General del Císter la afiliación de un monasterio existente en el lugar mencionado, acompañando su petición con la donación al Císter de la aldea de San Pablo de Almaziva, la iglesia de San Pablo y otros bienes inmuebles y muebles; así inicia una nueva casa del Císter filial de Alcobaça.

Un cartulario del siglo XIII procedente de este monasterio se ha conservado en el archivo de la Universidad de Coimbra hasta nuestros días; todo él, con excepción de un único documento regio, se encuentra todavía inédito.

Se trata de un cartulario pequeño y modesto constituido exactamente por 100 documentos que van desde 1121-1128 al 11 de junio de 1313; la edición nos reproduce el cartulario dándonos los documentos según el orden del mismo no por orden cronológico; basta un índice cronológico para poder obtener la serie temporal de los diplomas.

El cartulario debió ser redactado poco después de agosto de 1248; después de esa fecha fueron añadidos dos documentos más por otra mano y con otra tinta datados el 15-VIII-1312 y 11-VI-1313.

En la edición del cartulario además de la transcripción del mismo se incluyen la descripción del cartulario, las normas de edición y transcripción y los índices cronológico, onomástico e idiográfico.

Estamos, pues, ante una valiosa aportación para el conocimiento y utilización de las fuentes diplomáticas del siglo XII y XIII, realizada con el rigor paleográfico y científico que hoy se debe requerir en esta clase de ediciones.

Del centenar de documentos incluidos en el Cartulario, 51 se han conservado en sus pergaminos originales en la Torre do Tombo; la edición nos ofrece el texto del Cartulario con las variantes más notables de los originales, salvo en tres casos que por existir diferencias mayores entre el original y el Cartulario se publican ambos textos.

Quizá hubiera sido más lógico haber transcrito el texto original y consignar las variantes de la copia del Cartulario, que no ofrecernos la ortografía del texto secundario del Cartulario.

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, S. I.

SERANGELI, Sandro: *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano. Contributo alle studio delle forme testamentarie I.* (Giuffrè, Milano, 1982). 276 págs.

En este primer volumen, el a. trata de los actos revocatorios de una voluntad testamentaria, reservando para un segundo volumen el estudio del llamado *testamentum posterius imperfectum*, es decir, del testamento posterior, revocatorio por sí mismo, pero que resulta inválido como tal testamento.

Constituyendo esta monografía el más amplio estudio existente sobre el régimen de los actos revocatorios de la voluntad testamentaria, es a la vez, un notable avance en la investigación de un tema que solemos tratar algo superficialmente, como es el de la antítesis entre declaración testamentaria y documento, tanto en el planteamiento del *ius civile* (cap. 3) como en el del derecho pretorio (cap. 4). Por eso mismo, esta obra resulta también una valiosa aportación para la historia de las formas de testamento, a lo que ya alude al subtítulo del libro. Permítaseme observar, de pasada, que la afirmación del autor, de que en el siglo IV d. C. el testamento de sólo cinco testigos no concedía la *bonorum possessio* (p. 200), no me parece absolutamente segura; antes bien, sigo pensando que la diferencia entre cinco y siete testigos (residuo de la antigua diferencia entre testamento civil y pretorio) no suponía diferencia alguna de eficacia, sino sólo de forma; que los testamentos pueden dictarse en presencia o no de los testigos, como dice NovTh. 16,4, es un dato que hay que tener en cuenta, y que me parece debía de tener algunas consecuencias en la exigencia de un menor o mayor número de testigos signantes del documento; y la *lex Rom. Burg.* 45,2 me parece que pone en relación ambas diferencias, al decir: *si vero testis adhibentur ante quos testador vel suscribat vel suum testamentum offerat suscribendum* (es decir, testamento abierto o testamento cerrado), *cives Romani testis adhibendi sunt numero competentis vel V vel VII* (esto parece a Kaser II p. 479 n. 15 «zu unbestimmt», y al a., p. 198 n. 172, que no es un «serio sostegno»), pero no creo que haya mejor explicación para la diferencia entre testamento abierto y cerrado; y que, a mediados del siglo V, se suprima la necesidad de pedir la *bon. poss.* no me parece implicar que, antes de ese momento, sólo se diera ésta cuando el testamento era de siete testigos.

En especial resulta de interés el estudio del a. para la cuestión del validez o no del testamento cuyo documento ha sido parcialmente alterada por el testador, para la que da una solución similar a la de Nardi (privación de bienes a los cancelados, como «indignos»), pero con una más sólida demostración.

TORRENT, Armando: *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*. (Oviedo, 1982). 452 págs.

En el volumen II (1980) se explicaba el carácter introductorio del anterior (vid. AHDE, 1979, p. 283 s.), que aparecía como independiente. Trataba el II (caps. VII a XII) de las magistraturas de la República romana, de las Asambleas populares, el Senado, así como de las fuentes del derecho en época republicana y el derecho criminal coetáneo. Ahora, la obra se completa, formando un solo volumen, con cinco capítulos más, que alcanzan hasta Justiniano. El a. hace constante referencia a la bibliografía internacional.

A. O

Actas del V Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, en *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano* V (Quito 1980), 583 págs.; VI (Quito 1980), 714 págs.

Entre los días 24 y 30 de julio de 1978 el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano celebró su quinto congreso, esta vez en las ciudades de Quito y Guayaquil, en Ecuador. Sus actas aparecieron publicadas en 1980 en los volúmenes V y VI del *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*.

Entre ambos volúmenes se publican 40 investigaciones, todas las cuales destacan por su carácter jurídico; la mayoría se orienta al estudio de las Fuentes, derecho público indiano en general y organización provincial y local, siendo, por el contrario, escasas, las que estudian temas de derecho privado (personas, familia, patrimonio), económicos o sociales. El primer volumen recoge, además de las actas de las sesiones y la información del congreso, 17 comunicaciones; el segundo, las restantes 12.

Los estudios incluidos en el primer volumen son los siguientes:

I. SÁNCHEZ BELLA, *Quito, Audiencia subordinada* (págs. 3-47) —Como un nuevo capítulo del estudio del gobierno de las Indias bajo los Austrias, el a. intenta averiguar cuándo y por qué se declaró subordinada la Audiencia de Quito, la reacción de los miembros del Tribunal ante esa decisión, la regulación normativa de la subordinación y la realidad histórica del gobierno del distrito de Quito en los siglos XVI y XVII. De paso aclara la diferencia existente entre Audiencias subordinadas y Audiencias pretoriales del Virreinato y concluye afirmando que durante estos dos siglos de hecho la Audiencia de Quito decidió en numerosos actos de gobierno, pero que esto no permite afirmar que actuó en la práctica con una verdadera autonomía.

F. CAMPOS HARRIET, *Funcionamiento de la Intendencia de Concepción 1786-1810* (págs. 49-69).—La adaptación en Chile de la Ordenanza de Intendentes dictada para el virreinato de Buenos Aires presentó numerosas dificultades que fue preciso solucionar por medio de instrucciones, la mayoría inéditas,

y que son publicadas y analizadas por el a., obteniendo así una muestra de su funcionamiento desde su instalación hasta la formación de la primera junta de gobierno en Chile.

A. GARCÍA GALLO, *La evolución de la organización territorial de las Indias de 1492-1824* (págs. 71-135).—El a. insiste nuevamente en estas páginas que las diversas demarcaciones territoriales de las Indias no están todas subordinadas una a otras, como en ocasiones se ha presentado, y que no todos estos oficios ejercen en mayor o menor escala las mismas funciones. El tema es analizado en las siguientes etapas: El virreinato de Colón, Los intentos de establecer un nuevo sistema; la consolidación del sistema gobierno superior y diversificación de órganos según la materia administrativa (1565-1750). La politización del gobierno superior y la unificación de los órganos provinciales (1750-1810); El sistema constitucional (1812-1824)

J. M. MARILUZ URQUIJO, *Regulación jurídica de los pretensores* (págs. 137-158).—La expansión burocrática de la Edad Moderna, con la consiguiente multiplicación de plazas rentadas, promueve la difusión de un nuevo tipo social que es el pretendiente de oficios de vara o pluma. En esta comunicación se pasa revista al tratamiento que se les da por la legislación, la cual procura varios objetivos que el a. agrupa en tres: a) evitar presiones por parte de los pretendientes, b) evitar las picardías que a veces cometen solos o en colisión con algunos oficiales de la Administración y c) aprovechar útilmente esa realidad social regulándola de modo de extraerle el máximo provecho en beneficio del Estado.

R. I. PEÑA, *Cartas de concierto en el Derecho castellano-indiano a fines del siglo XVI (Córdoba de la Nueva Andalucía)* (págs. 161-191).—Estudio de los primeros documentos de este tipo en Córdoba de la Nueva Andalucía de fines del siglo XVI. De ellos se han tomado cinco especies diferentes: cartas de concierto de servicios, escritura de constitución de sociedad industrial, cartas de concierto de compañía, cartas de aprendizaje de oficios y contratos de transporte y alquiler de indios

N. R. PORRO, *Los juicios de disenso en el Río de la Plata. Nuevos aportes sobre la aplicación de la pragmática de hijos de familia* (págs. 193-229).—Al aplicarse en América la Pragmática sobre matrimonios de hijos de familia de 1776, se ventilaron en los tribunales americanos numerosos juicios de disenso. En esta comunicación, la a. se circunscribe a los fondos documentales del Archivo General de la Nación (Buenos Aires), presentando un panorama de dichos pleitos entre 1779 y 1806. En anexo, incluye la lista de los procesos estudiados con una breve descripción de cada uno de ellos.

S. MARTÍNEZ BAEZA, *La exclamación* (págs. 231-238).—Es la denominación que reciben algunas manifestaciones unilaterales de voluntad contenidas en los archivos notariales del reino de Chile en el siglo XVIII; el a. analiza estos documentos y concluye identificándose con la protesta declarativa, ya que el otorgante se limita a dar a conocer las circunstancias que le han obligado a suscribir un instrumento contra su voluntad, con el propósito de obtener su posterior anulación, una vez que las referidas circunstancias hayan va-

riado y pueda expresar libre y espontáneamente su voluntad. En anexo publica una escritura de exclamación.

B. BRABO LIRA, *Oficio y oficina, dos etapas en la historia del estado indiano* (págs. 241-265).—Con su comunicación el a. pretende demostrar que en una primera etapa, que en términos generales abarca los siglos XVI y XVII, el gobernante no dispone sino de oficios para ejercer su poder; en una segunda etapa, que empieza en el siglo XVIII, el gobernante cuenta ya con un complejo cada vez más vasto y consistente en oficinas para el ejercicio del poder.

A. LEVAGGI, *Derecho indiano y Derecho romano en el siglo XVIII* (págs. 269-309).—Un detenido análisis del tema sobre la base de la jurisprudencia del setecientos, de la enseñanza universitaria, de las bibliotecas, de la literatura jurídica y de la práctica forense y notarial permite al a. afirmar que al igual que en España, el Derecho romano mantiene en América su papel rector en lo relativo a la formación de los letrados y a la vida misma del ordenamiento jurídico.

F. MURO ROMERO, *El «beneficio» de oficios públicos con jurisdicción en Indias. Notas sobre sus orígenes* (págs. 313-359).—Después de enjuiciar la bibliografía que hasta ahora se ha planteado al tema, el a. aborda el tema desde el campo de la Historia del Derecho, resaltando el componente jurídico de la introducción del beneficio en la administración territorial de Indias, utilizando como fuentes las consultas elevadas al rey por el Consejo y la Cámara de Indias, disposiciones legales y documentos judiciales. Se agrega un anexo en que se publican cuatro documentos, en los que aparecen disposiciones sobre el beneficio de oficios públicos.

J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *Los impuestos al comercio en la Nueva España* (págs. 363-379).—Con esta comunicación, el a. persigue alcanzar dos objetivos, cuales son: dar el marco legal novohispano de los impuestos al comercio como instrumento para emprender la historia económica del México colonial y, además, demostrar la existencia de antecedentes en Nueva España de una rama jurídica de reciente creación, el Derecho económico.

D. RAMOS, *Los agentes solicitadores de Indias: otra reforma de Carlos III* (págs. 383-442).—Desde los primeros tiempos, los vasallos establecidos en las Indias trataron de hacer oír sus deseos y necesidades en la Corte no sólo por la vía del memorial presentado en persona, sino también por representantes con poderes. Con antecedentes ya en la época de los Austrias, el a. estudia la reforma que se realiza respecto de los agentes solicitadores entre los años 1776-78 y posteriores vicisitudes. En apéndice se incluye la nómina general de los que desempeñaron plaza de agentes del número de Indias.

C. M. STORNI, *La justicia en la campaña del Río de la Plata durante el periodo hispano* (págs. 445-472).—La monarquía española, al par que desarrolla un ímpetu evangelizador, coloca a la administración de justicia como finalidad primordial del sistema de gobierno americano y a poco de comenzada la conquista establece una completa y vasta estructura que por

delegación real, tendrá a su cargo administrar justicia según un esquema similar al existente en los reinos peninsulares ¿Cómo se ejercía esta justicia?, ¿cómo llegaba a los pobladores de las apartadas zonas rurales americanas? A estos interrogantes el a. da respuesta circunscribiéndose primordialmente a las zonas rurales rioplatenses.

A. DE AVILA MARTEL, *La pena de excomunión en las fuentes canónicas del Reino de Chile* (págs. 475-486).—Estudio de la pena de excomunión en los textos canónicos especiales del reino de Chile: los sínodos que reunieron sus obispos, que si bien fueron once, sólo se publicaron tres, los que tuvieron efectiva y prolongada vigencia. El a. advierte expresamente que, puesto que le interesa tratar sólo del derecho verdaderamente vivido, hace muy escasas referencias a otros textos.

J. ESTRADA YCAZA, *Documentación indiana en el Archivo Histórico del Guayas* (págs. 489-512).—Este archivo fue creado en 1971 para recibir todos los documentos públicos de dicha provincia ecuatoriana que tuviesen 60 o más años de antigüedad. En la actualidad su fondo documental no es numeroso. El a. señala la posible temática que justificaría la investigación en la documentación guayaquileña, y en tres apéndices ofrece un catálogo de los documentos indianos: protocolos de los escribanos públicos del siglo XVI y XVII.

J. SALCEDO IZU, *Fuentes del Derecho marítimo indiano* (págs. 515-548).—El Derecho marítimo indiano ha merecido, en general, escasa atención por parte de los estudiosos. En esta oportunidad el tema es abordado desde la normativa emanada de la metrópoli, la cual es considerada en tres etapas diversas: la edad moderna hasta 1778, la libertad de navegación y el Derecho Marítimo de los últimos tiempos.

C. GARCÍA-GALLO, *Las notas a la Recopilación de las Leyes de Indias, de José Perfecto de Salas y Ramón Martínez de Rozas* (págs. 553-583).—Estudio del manuscrito ubicado en la Sala Medina de la Biblioteca Nacional de Chile y que con el número 345 aparece en el catálogo impreso bajo el título *Libro anónimo que contiene anotaciones a las leyes de Indias, con las concordancias y adiciones desde su promulgación hasta fines del siglo XVIII*, obra de José Perfecto de Salas, continuada posteriormente por su yerno Ramón Martínez de Rozas, y publicadas sin indicación de autor en la edición de la *Recopilación de Indias* hecha por Ignacio Boix en 1841. Posteriormente esta comunicación apareció como estudio introductorio en la edición que la a. hizo de estas notas.

Los estudios publicados en el segundo volumen, que corresponde al tomo VI del *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, son los siguientes:

R. ZORRAQUÍN BECÚ, *El sistema de fuentes en el Derecho indiano* (págs. 3-51)—Distinguiendo y clasificando las diversas formaciones jurídicas que integran el Derecho indiano, el a. afirma que éste no sólo fue obra de los reyes o autoridades locales, sino que en él participaron los indios, las comunidades regionales, la Santa Sede, los eclesiásticos de América y aún las otras naciones o las compañías que de ellas dependían.

V. TAU ANZOÁTEGUI, *La ley «se obedece, pero no se cumple»*. En torno a la suplicación de las leyes en el Derecho indiano (págs. 55-110).—Sobre la base de 76 casos que corresponden a un período que va desde mediados del siglo XVI a principios del XIX, todos ellos situados en el territorio que abarcaron sustancialmente las gobernaciones del Río de la Plata y Tucumán y, posteriormente, el virreinato del Río de la Plata, el a. estudia la estructura jurídica de la institución; para ello, en una primera parte se ocupa del origen y evolución de la figura del «obedecer y no cumplir» y del recurso de suplicación a través de la legislación y la doctrina, y en una segunda parte, de la tramitación del recurso de suplicación en sus diferentes etapas.

A. M. BARRERO, *La materia administrativa y su gestión en las ordenanzas de intendencias de América* (págs. 113-133).—Partiendo del análisis de los textos legales que imponen la reforma y regulan la nueva forma de gobernación, se pretende averiguar la concepción que en el siglo XVIII se tiene de la materia administrativa y los cambios que ello supone para los órganos de gestión de la misma en el continente americano.

A. ARELLANO MORENO, *Fuentes del Derecho indiano en Venezuela* (páginas 137-144).—Transcripción y somero análisis de las ordenanzas de Juan de Villegas dictadas en la Nueva Segovia de Barquisimeto en septiembre de 1552, tan pronto fundó dicha ciudad. Estas ordenanzas figuran entre las primeras que se otorgaron en la gobernación y provincia de Venezuela.

B. BERNAL DE BUGEDA, *El Derecho romano en el discurso de Antonio de León Pinelo, sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de las Leyes de las Indias Occidentales* (págs. 147-183).—Estudio de los aspectos históricos, preceptivo y dispositivo contenidos en el discurso, así como la determinación de las fuentes jurídicas romanas, tanto legislativas como doctrinales, que utiliza León Pinelo y el grado de fidelidad con que las interpreta y maneja para su objetivo recopilador. En apéndice, se agrega un índice de libros y títulos del proyecto de Recopilación de Leyes de Indias contenido en el discurso.

M. A. FIGUEROA, *El Tribunal del Consulado de Chile y la política de fomento económico de los Borbones* (págs. 187-203).—La gran actividad desarrollada en América por la Corona especialmente desde la segunda mitad del siglo XVIII destinada a hacer presente en tierras americanas un plan de desarrollo económico, llevará a las autoridades de la metrópoli a crear nuevas formas jurídicas, pero también a revitalizar organismos de largo uso en América. Uno de ellos fue el Consulado. En esta comunicación se estudian las funciones encomendadas por la Corona al Consulado chileno en materias de fomento económico, las medidas adoptadas por éste para cumplir con su cometido y la eficacia de dichas medidas, en el entendido de que esta actividad consular formó parte de un contexto en que funciones y medidas similares fueron encomendadas o reiteradas por el monarca en la misma época a otros organismos chilenos.

R. E. SILVA, *Estructura jurídico-administrativa de la Audiencia de Quito en el ocaso del imperio español* (págs. 207-237).—Estudio de las instituciones

jurídico-administrativas que rigen el territorio audiencial de Quito entre los años 1780 y 1820.

D. RÍPODAS ARDANAZ, *Los «Discursos exhortatorios» del marqués de Bajamar. (Una imagen del Consejo de Indias bajo Carlos IV)* (págs. 241-269).—Entre los años 1793 y 1806, a razón de uno por año, el gobernador del Consejo de Indias, don Antonio Porlier, marqués de Bajamar, pronunció 14 discursos exhortativos, ante los ministros y subalternos del mismo. A través de ellos es posible obtener una imagen del Consejo de Indias en la época.

L. A. ORTIZ BILBAO, *Las Leyes Nuevas en Quito* (págs. 273-319).—Usando como fuente principal el *Libro Segundo de Cabildos de Quito*, se describe la repercusión que tuvieron en Quito las Leyes Nuevas.

E. MARTIRÉ, *La visita de García de León y Pizarro a la Audiencia de Quito. (Aporte documental)* (págs. 323-344).—Publicación de la real cédula de 7 de diciembre de 1782, que decidía sobre los autos dictados por García de León y Pizarro para la Audiencia de Quito y de las resoluciones a que dicha cédula hace referencia, documentación extraída de los papeles que reunió Juan Miguel Represa, custodiados hoy en el Archivo Histórico Nacional de Madrid.

F. DE SOLANO, *El Juez de Tierras y la Superintendencia del Beneficio y Composición de Tierras* (págs. 347-358).—Diversas razones, que el a. se encarga de destacar, justificaron que se fuese conformando el ramo de tierras con funcionarios a su servicio, los que eran necesarios para cumplimentar y diligenciar la tramitación de los títulos de propiedad sobre las tierras realengas enajenadas, la evaluación de los precios y tasas de las composiciones y cualquier diferencia entre los particulares, lo mismo que todo lo procedente sobre ventas. Entre sus funcionarios se irá destacando en Indias la figura del Juez de Tierras y, en el Consejo de Indias, la Superintendencia del Beneficio y Composición de Tierras. El análisis de ambos constituye el objeto de esta comunicación.

A. DE LA HERA, *La regalía de las rentas eclesiásticas vacantes en la doctrina de Alvarez de Abreu* (págs. 361-379).—El a. toma como base la obra de Alvarez de Abreu, titulada *Víctima real legal* y a través de ella describe su doctrina sobre la propiedad y atribución de las rentas de los beneficios eclesiásticos en Indias, mientras se encuentra sin titular.

M. R. GONZÁLEZ, *Las Instituciones de José María Alvarez, parteaguas entre el Derecho indiano y los derechos nacionales. (Peculiaridades indianas de su obra)* (págs. 383-404).—Este estudio viene a complementar otro más amplio que, para reeditar las *Instituciones* de José María Alvarez, realizó la a. conjuntamente con Jorge Mario Laguardia. En esta comunicación se analizan las particularidades que, desde la perspectiva del Derecho indiano, presenta esta obra.

M. I. SEOANE, *La guarda de los huérfanos en el siglo XVIII (Aspectos de un estudio general de la institución en el actual territorio argentino)* (págs. 407-438).—Estudio pormenorizado de la guarda de los huérfanos en el siglo XVIII, comprendiéndose en el concepto «guarda» las dos instituciones des-

tinadas a defender tanto la persona como el patrimonio de los huérfanos en su menor edad, siguiendo en esto la metodología de las Partidas.

A. DOUGNAC, *Estatuto del huérfano en el Derecho Indiano* (págs. 441-455).—Además de las normas que tutelan a todo menor, hay disposiciones que amparan a los huérfanos en especial. El a. las analiza, agrupándolas según las siguientes materias: guardas, bienes reservables, restitutio in integrum, normas sobre matrimonio, institucionalización del amparo al huérfano.

G. G. DOUCET, *Notas sobre el yanaconazgo en el Tucumán* (págs. 459-494).—La institución del yanaconazgo, tanto en la época prehispánica como en la que tuvo principio con la Conquista, no ha sido suficientemente estudiada, por lo que sigue ofreciendo a la investigación un campo poco explorado en el que abundan las nociones confusas o contradictorias y en el que queda buen número de incógnitas por despejar. Esto, que es válido para todo el ámbito en el que esta institución tuvo vigencia, se acentúa en el caso de las regiones donde aquélla fue implantada por los españoles que la llevaron consigo desde el Perú. En estas notas se reúnen los datos que el a. ha recogido en distintas fuentes acerca del yaconazgo en el Tucumán, una de las provincias indianas en las que la institución fue introducida por los españoles.

M. U. SALERNO, *Formas de explotación rural en el Río de la Plata (Siglo XVIII)* (págs. 497-511).—Según el a., antes de emprender un enfoque de conjunto de la explotación indiana de la riqueza agrícola ganadera, con carácter prioritario debe ahondarse en el estudio respecto de un territorio determinado; de acuerdo con este planteamiento fija a su comunicación los límites de espacio y tiempo que indica el título.

G. F. MARGADANT, *Del matrimonio prehispánico al matrimonio cristiano* (páginas 515-528).—Diversos fueron los problemas que se presentaron en la Nueva España al cristianizarse las uniones indígenas prehispánicas, tales como el de las uniones indígenas a la luz del impedimento por parentesco, la poligamia prehispánica y otros, todos los cuales son analizados con las soluciones que se postulan.

D. L. BORJA, *Los alcaldes ordinarios de Guayaquil y Puerto Viejo en el siglo XVI* (págs. 531-561).—Habiéndose perdido la documentación de los cabildos de ambos lugares correspondiente al siglo XVI, se reconstruye institucionalmente la figura de los alcaldes ordinarios de ambas ciudades, usando para ello las noticias que han podido reunirse en archivos dispersos. Se incluye la nómina de alcaldes ordinarios de Puerto Viejo entre 1535 y 1597.

C. LANDÁZURI CAMACHO, *Estructura y funcionamiento del Cabildo de Quito 1534-1551* (págs. 565-591).—El tema de esta comunicación se centra en la estructura del cabildo quiteño y la manera cómo éste se enfrentaba a los problemas políticos de la ciudad y su zona de influencia, circunscrito al período indicado en el título.

C. OVIEDO CAVADA, *El Sínodo chileno de Salcedo, 1626* (págs. 595-621).—El texto de este sínodo es el último que se ha conocido y el menos estudiado; presenta un relevante interés por la extraordinaria misión del obispo don Fran-

cisco González de Salcedo en su defensa y promoción de los indios y de los negros.

H. ARANGUIZ DONOSO, *Notas para el estudio de la biblioteca del obispo de Santiago, don Manuel de Alday (1712-1788)* (págs. 625-643).—Al tomar posesión en 1735 don Manuel de Alday de la sede episcopal de Santiago y al practicar el inventario de sus bienes, su biblioteca se componía de 1.095 volúmenes, la mayoría de los cuales le habían sido legados por su tío, el Licenciado Francisco Ruiz de Berecedo. En esta comunicación se describen 259 de estas obras, todas las cuales aparecen firmadas por Ruiz de Berecedo.

J. REIG SATORRES, *Medios de socorrer y fomentar el reyno de Quito y sus vasallos* (págs. 647-714).—El 14 de noviembre de 1790 presenta su renuncia al obispado de Quito el obispo Joseph Pérez Calama, en un memorial que contiene una serie de denuncias que afectan a la estructura general de gobierno del Reino de Quito. En esta comunicación el a. se refiere a este memorial, a las relaciones que las denuncias provocan en el gobierno central y regional y a las soluciones dadas en el propio territorio, todo lo cual es prueba de la responsabilidad permanente que hasta el final del dominio español en América tuvo el Consejo de Indias. Se publica en un anexo el *Expediente sobre los medios de socorrer y fomentar el Reyno de Quito y sus vasallos*, formado con motivo de las denuncias del obispo.

C. SALINAS

COL.LEGI NOTARIAL DE BARCELONA: *Estudis Històrics i Documents dels Arxius de Protocols*. VIII. (Barcelona, 1980). 370 págs.

Un abundante y cualificado contenido recoge la última entrega de esta publicación notarial barcelonesa, cuya regularidad de aparición parece asegurar ya su continuidad. Registremos de su variado sumario los artículos más conexos con la temática del ANUARIO.

El profesor A. EIRAS ROEL, en *La documentación de Protocolos notariales en la reciente historiografía modernista* (pág. 7-27) hace un prolijo y sustancioso repaso de la utilización preferencial de la documentación notarial en la historiografía modernista del último cuarto de siglo, señalando su especial incidencia en la historia rural como en la urbana y destacando los géneros documentales más aprovechados: inventarios post-mortem, capítulos matrimoniales, testamentos, con una abundante bibliografía ejemplificadora especialmente en la historiografía francesa, y con más referencias a la metodología de tal utilización. El erudito José Juan PIQUER JOVER, ofrece una relación de los notarios que actuaron en la curia de la baronía de Vallbona de los Monges, entre los s. XII a XVIII extraído del *Index Vell* de dicho monasterio, de 1713, agrupados en 456 nombres, así como lugares de actuación: *Escrivans i Notaris de la Curia Baronial de Vallbona (segles XII-VIII)* (pág. 29-47). La profesora valenciana doña María Milagros CARCEL ORTI, da a cono-

cer *Un formulario notarial del siglo XVI de la Bailia de Valencia* (pág. 49-61), reproduciendo la tabla o índice del mismo comprensivo de 223 fórmulas (casi todas en latín, algunas en valenciano) de contratación privada y negocios eclesiásticos, instrumento de trabajo al parecer obra de notarios públicos y apostólicos de la primera mitad de dicho siglo. J. María SANS TRAVE y C. BALLART MARSOL, publican *El Cataleg de Diputats i Oidors de Comptes de la Generalitat de Catalunya (1359-1710) de Pere Serra i Potius* (pág. 63-118), un erudito del s. XVIII que anotó puntualmente —en un manuscrito hoy conservado en el Archivo de Protocolos de Barcelona— la nómina de los referidos cargos dirigentes de la Diputación del General, prácticamente desde su fundación hasta su extinción, de especial interés para el investigador moderno por completar otras dos listas, parciales, publicadas en nuestros tiempos. El profesor Manuel J. PELÁEZ DE ALBENDEA, en *La teoría del «ius belli» en los Commentaria, de Joan de Sacarrats: Contribución al estudio de sus ideas jurídico-políticas* (pág. 129-142), esboza esta faceta desconocida del jurista catalán de fines de s. xv, autor de los Comentarios a las Conmemoraciones de Pere Albert. Después de precisar algunos aspectos biográficos y doctrinales de dicho autor, centra su atención en la teoría sobre el derecho de la guerra, la que reconoce como poco original, pero con el logro de una cierta sistematización de las normas más elementales del mundo jurídico medieval. Fuente de la misma serían el Decreto y las Decretales, aparte del conocimiento *Libellus de Batalha facendo*, y de varios tratados de Callís. El bibliotecario Jaime MOLL, en *Implatació de la legislació castellana del llibre als regnes de la Corona d'Arago* (págs. 165-169), publica, previa su presentación, la orden filipina de 1716, por la que se extiende al reino de Aragón —y análogamente ocurriría con los demás reinos de la Corona— el régimen castellano de concesión de licencias para publicación de libros centralizado en el Consejo de Castilla, según vieja pragmática de 1558, suplantando el hasta entonces vigente en aquellos reinos, que atribuía tal concesión a las Audiencias. C. MARTÍNEZ SHAW, en *Construcción naval y capital mercantil: Mataró, 1690-1709* (pág. 223-236), presenta los resultados de un cuidadoso análisis de doce actas de patronía o reconocimiento de *parçoners* (participios en la propiedad de las naves) del fondo notarial de Mataró, en orden a la procedencia social y a su vez geográfica de los capitales invertidos en la construcción de las mismas. Señala como los procedimientos de financiación de las naves se caracterizan por la fragmentación de las inversiones, por la impronta del capital mercantil sobre la construcción naval, y la subordinación del ramo a las exigencias del comercio, con la práctica inexistencia de empresas especializadas del armamento naval. J. AMELING, en *A note on marriage contracts as a source for the social history modern Barcelona* (pág. 237-243), expone el resultado estadístico del examen de 211 contratos matrimoniales barceloneses entre 1677 y 1702, en orden a reflejar unas tendencias respecto la movilidad profesional y la movilidad geográfica entre la generación de los padres y la de los hijos. Del breve

artículo de P. ANGUERA; *Sobre Josep i Francesc Grases i Gralla. Un comerciant i un advocat del segle XVIII* (pág. 245-251), señalamos el interés de las notas biográficas relativas al segundo de los mencionados hermanos reusenses, doctor en derecho, Oidor de la Audiencia de Barcelona y autor de un «Epitome» impreso en 1711, pero quemado por orden del Consejo de Ciento y la Generalidad, por sostenerse en el mismo que las del Principado para ser válidas debían ser aprobadas por las Cortes y el Rey. Parece con todo, que uno de los raros ejemplares supervivientes de la destrucción, será en breve publicado por la Facultad de Derecho barcelonesa. El profesor R. FERNÁNDEZ DÍAZ, desarrolla unas valiosas reflexiones metodológicas en torno a *Los protocolos notariales y el estudio de la burguesía barcelonesa del siglo XVIII* (pág. 253-274), centradas especialmente en el Archivo de Barcelona, y dentro del mismo en determinados instrumentos jurídicos, como los testamentos y capítulos matrimoniales y también, con menor relieve, en las actas fundacionales de compañías, en las «procuras» o poderes mercantiles y en las épocas o certificaciones de cobro, lamentando que todavía no hayan sido debidamente aprovechadas tales fuentes por la comunidad de investigadores de la dinámica económico-social barcelonesa del setecientos tan sugestiva y prometedora. En *Sociología del llibre a Barcelona al segle XVIII* (pág. 275-303), E. MOREU REY, ofrece un aspecto de su prolongada investigación en el Archivo de Protocolos barceloneses, para averiguar la cantidad de obras en las bibliotecas particulares, entre los años 1743-1801, especialmente el decenio 1785-1795, agrupando éstas por la profesión de sus propietarios. De este examen estadístico resulta que el grupo formado por los doctores en derecho, y en general poseedores de una biblioteca de obras de jurisprudencia, forma la serie más homogénea y con un coeficiente de densidad mayor, bien que acusan la tónica de una biblioteca de «libros herramienta» para el ejercicio de la profesión, con un promedio de 400 títulos por persona. El volumen se completa con unas recensiones bibliográficas sobre trabajos de índole notarial, aparecidos en fecha reciente, tanto en publicaciones periódicas como en obras independientes.

J F R.

COL·LEGI NOTARIAL DE BARCELONA: *Estudis historics i documents dels Arxius de Protocols. IX.* (Barcelona 1981). 348 págs.

Con su habitual regularidad, la corporación notarial barcelonesa nos libra un nuevo volumen de sus *Estudis*, del que señalaremos los trabajos más conexos con nuestra disciplina

Bajo el título *Fuentes impresas para la Historia del Notariado Catalán (siglos XVI-XIX)*, el profesor J. TRENCHS ODENA nos ofrece un nutrido y útil elenco bibliográfico relativo a Colegios Notariales de Cataluña, a formularios notariales, y libros de «Ars Notariae», al documento notarial,

y asimismo a las obras de los grandes juristas catalanes comprendidos entre 1481-1765 con indicación de las bibliotecas públicas donde se custodian ejemplares de las obras señaladas sumando un total de cerca de 150 títulos (págs. 7-25). Una profunda investigación de NURIA COLL, principalmente en el Archivo de Protocolos barcelonés le permite formular un amplio reportaje sobre *Compañías mercantiles barcelonesas del siglo XV y su estrato familiar* (págs. 27-104), señalando la formación y evolución de buen número de las mismas, en la primera mitad de dicho siglo, casi todas por comerciantes de fuera de Barcelona, los avatares familiares experimentados por efecto de la guerra civil de 1462-72, y las consecuencias irremediabiles del desastre que para la economía barcelonesa representó esta guerra, con graves quebrantos para la subsistencia de las mentadas compañías. El profesor A. RIERA MELIS, en su artículo *La lezda balear de 1302, un punto de fricción entre el reino de Mallorca y las ciudades mercantiles catalanas a principio del siglo XIV* (págs. 105-194), estudia con gran detenimiento la problemática de las relaciones económicas entre el reino de Mallorca y la burguesía mercantil catalana, y la incidencia en las mismas de la tarifa aduanera impuesta por Jaime II de Mallorca en 1302, que tras diversos intentos de cancelación tuvo que ser abrogada pocos años después. M. MILAGROS CARCEL ORTI publica *Un vocabulario jurídico del siglo XVI* (págs. 249-262), inserto al final del código contentivo del formulario que publicó la misma autora en el volumen anterior de los presentes *Estudios*, vocabulario latino debido a Miguel Adell, notario de la Bailia de Valencia, comprensivo de 259 voces entre las letras A y P, de muy concisa definición. Por su parte, F. GIMENO BLAY da cuenta de *Un formulario notarial del siglo XVI*, del Archivo municipal de Segorbe (págs. 263-275), apreciando sus características codicológicas y su posible naturaleza inicial de manual notarial. El formulario contiene 43 modelos de escrituras, en su mayoría en latín, pero algunas también en catalán o castellano, cuyas rúbricas publica, unas de negocios privados, otras de actos procesales; de ellos entresaca y transcribe cinco piezas, de las que nos permitimos destacar el *Instrumentum societatis sive germanie*, expresivo de la vigencia continuada de esta peculiaridad valenciana de régimen matrimonial de bienes. El volumen se completa con otros trabajos de interés para la historia artística, literaria o genealógica, sin que falten unas breves notas bibliográficas de interés para la historia notarial.

J. F. R.

Hacienda Pública Española. Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda. Madrid, núm. 69 (1981), 541 págs.

Una ojeada al número histórico con que de nuevo obsequia el Instituto de Estudios Fiscales confirma la anterior impresión (cfr. AHDE 79. 1979, 825-830. Se trata de una rama, quizá mejor un tronco independiente, respecto

a nuestra disciplina, aunque todavía nos atrae por el antiguo uso de exponer en cada época de historia del derecho tanto los supuestos presupuestos económicos como la organización de la Hacienda Pública. A la historia especial del derecho deben en todo caso reconducirse los frutos de este fecundo campo de investigación. El significado que eventualmente encierran para nuestra historia general, en cuanto se refieren a la legislación y la jurisprudencia, o bien lo que otros llaman evolución general del derecho, es algo más sutil y difícil de captar.

1. Miguel Angel Ladero profundiza y matiza en su estudio *ingreso, gasto y política fiscal de la Corona de Castilla, desde Alfonso X a Enrique III (1252-1406)* (págs. 25-55) su visión de este período de la historia financiera castellana. Interesante el paralelismo entre la nueva trayectoria fiscal y la registrada en la historia legal, determinadas ambas por la conquista territorial de Fernando III, y que separa el Reino Unido de León y Castilla, respecto a la Corona de Aragón y el Reino de Navarra. Otro punto de inflexión señala el autor en el reinado de Alfonso XI, a cuyos Ordenamientos legales precede el primer Cuaderno de Alcabalas. La copiosa documentación recogida y ordenada revela una constante y efectiva participación de las Cortes y la confirmación del principio de derecho financiero desde muy antiguo, conculcada, pero sólo formal y anticonstitucionalmente derogada en la Novísima Recopilación de 1805. En cuanto a lo que metafóricamente el autor denomina maduración de las instituciones, la información es muy somera. En cambio, interesante el cuadro de distritos fiscales de la Corona para el tema de la constitución territorial de la misma.

2. La doctora Margarita Cuarte presenta aquí el resumen de su tesis sobre *Oviedo a fines de la Edad Media (1469-1530)* (págs. 57-65), precisión cronológica que permite evitar esa cosa tan vaga como son los fines y principios de épocas asimismo dudosas. Nos recuerda que la lucha de bandos son las constitutivas del país; en Asturias, los Quirós y los Miranda. El pleito sobre el derecho de pastos entre la nobleza y el pueblo; la propiedad agraria, el régimen fiscal, el gobierno municipal y su propia hacienda, el desarrollo urbano y las obras públicas son otros tantos tópicos aquí examinados.

3. *El encabezamiento de las alcabalas* es ilustrado para Sevilla de los Austrias con su habitual maestría por Antonio Domínguez Ortiz (págs. 67-75). Erudición documental y bibliográfica. Acerca de la quiebra, hay un precioso informe de 1619.

4. M. Garzón Pareja, *Incidencias hacendísticas de Carlos II* (págs. 79-90) de una visión general de la época que ha estudiado en un libro aparte, que me propongo reseñar.

5. Manuel García-Margallo estudia el tránsito *De la alcabala medieval a los actuales impuestos sobre rentas y servicios* (págs. 91-105), con análisis conceptual del viejo impuesto, introducido en Méjico ya en 1574; cfr. ENCINAS, *Cedulario*, pág. 437, t III El mismo, en la primera disertación de un ciclo sobre el impuesto al Valor Añadido (1982) ofrece la perspectiva históri-

ca de la Alcabala, cuya reforma de 1785 corrigió, bajo la inspiración de los mercantilistas, alguno de sus excesos.

6. *Las consecuencias [económicas] de la desamortización de tierras en tres zonas de Europa: Departamento del Norte (Francia), Nápoles y Valladolid* son comparadas por Germán Rueda (págs. 107-123).

7. Joaquín del Moral Ruiz, *Mercado, Transportes y Gasto público en la España interior: el Canal de Castilla, 1751-1919*, género de obra pública acerca de la cual en la Novísima sólo son conocidos los de Lorca y Manzanares (págs. 125-138).

8. José Patricio Merino ofrece un estudio ejemplar de *La hacienda de Carlos IV* (págs. 139-182), donde se manifiesta la utilidad de considerar históricamente por reinados la legislación y las instituciones. El autor aclara en breves términos el significado de la monetaria. Con igual competencia define el sistema fiscal, la deuda pública y el régimen bancario, para exponer después la gestión de los sucesivos secretarios de Hacienda: Lerena (1785-1792), Gardoqui (1792-1796), Varela, Saavedra y Hormazas (1796-1798), Cayetano Soler, el titán (1798-1808), cuya larga carrera es objeto de un magistral análisis.

9. Una aportación concreta y documentada es la de J. Cuenca, sobre *Ingresos netos del Estado español, 1788-1820* (págs. 183-208); aparte la información cuantitativa, secundaria para un jurista, proporciona una imagen gráfica y expresiva del sistema de ingresos.

10 El maestro de todos, don José Fontana —historiador general también desde la Hacienda— establece una hipótesis acerca de *La financiación de la Guerra de la Independencia* (págs. 209-217), acontecimiento que hemos de intentar concebir dogmáticamente, como quiere la escuela, pero que en todo caso invade la historia del derecho, la asola y edifica. Nos importa saber que el autor trabaja con don Ramón Garrabou por reconstruir la legislación de Hacienda en aquellos años que por no haberse condensado en libros de derecho propiamente dicho(s) forman una zona oscura, que ha de ilustrar la historia en su sentido propio. Los libros generales son, por ejemplo, las *Colecciones de Decretos* aun con su estilo arcaico, es decir, cronológico.

11. Un momento histórico-jurídico es sin duda 1854: y también *Una fecha en la historia del impuesto de Consumos*, por J. Martín Niño (págs. 219-228): la supresión ilusionada en el momento revolucionario; su restauración en 1855; nunca se sabe lo que hay dentro del minué de un arbitrio municipal.

11 a 16 Estudios como el de Nicolás Sánchez Albornoz, un ilustre apellido, sobre el *Consumo de textiles en España, 1860-1890*, *El gasto público en España, 1875-1906*, por P. Tedde de Lorca; *España y el patrón oro, 1880-1913*, por P. Martín Aceña; *La polémica Cambó Calvo Sotelo sobre la valoración de la peseta*, por Juan Hernández Andreu, *La minería del carbón en Asturias* (s. xx), por R. Anes y G. Ojeda, donde no hay ni un recuerdo para el insigne Jovellanos, como si el siglo XVIII por sí mismo pudiera hacerlo todo, salen ya, por fortuna, del campo de nuestro interés; queden consignados como ejemplo de la atención a los detalles que ponen en lo suyo los cultivadores de la historia hermana crecida junto a la historia del derecho en la

escuela de Hinojosa. También sus documentos, como reminiscencia del Anuario, son objeto de cuidadosa elección y reproducción. La *Memoria sobre el estado de la Hacienda Pública en las Islas Filipinas* de 1853, por Andrés Rodríguez de Cela; otra, *Acerca de la agricultura, el comercio y las rentas públicas en la Isla de Puerto Rico*, de 1847, por Darío Ormaechea, y la *Breve idea de la administración en la Isla de Cuba*, por Ramón de la Sagra, en 1835, son reeditadas por Leopoldo Gonzalo, a quien también se debe la presentación y coordinación de este número de una revista ejemplar. En 1981 se ha celebrado el centenario de la Inspección General de Hacienda Pública; se reproduce en facsímil en el real decreto que la reguló, porque creada estaba como todo, en 24 de febrero de 1881, suscrito por Juan Francisco Camacho (1817-1896), y noticias sobre su celebración, en la que ha faltado una perspectiva histórica como la que en ocasión semejante le fue dado obtener a la Intervención General del Estado.

No es usual incluir en la reseña de una revista lo que ésta a su vez tiene de reseña de otras publicaciones. Pero dicha sección es en la que nos ocupa tan rica, tan compacta, orientadora y atractiva, y, en general, tan bien ejecutada que puede interesar su mención a los lectores del Anuario, aun con el riesgo de la duplicación. Para nuestra lección tradicional, sobre derecho hispanorromano, interesan los estudios reunidos de José María Blázquez, sobre *Hispania Romana*, Bilbao, Nájera, 1978. Por igual motivo, *Repoblación y Sociedad en la España cristiana medieval*, Madrid, Rialp, 1979, de Salvador Moxó, tan prematuramente desaparecido, activo hasta el final, de quien se espera su casi terminado libro sobre Alfonso XI, rey tan para nosotros. Una *Historia de los Consulados de Mar* (1250-1700), por Roner Sidney Smith, Barcelona, Península, 1978. *Ciudad Real, 1500-1750*, por Carla Rahn Phillips, Harvard Univ. Press, 1979; historia urbana y económica, donde nada advertimos que haga referencia a su situación en medio del territorio de las Ordenes, enigma desvelado para mí por Jovellanos (00, I, 457-476). El Decreto de expulsión recibe ilustración copiosa en *Judíos Españoles en la Edad Media*, por Luis Suárez, Madrid Rialp, 1980; desde las raíces. Janine Fayard, *Le Conseil de Castille* (1621-1746), Droz (Ginebra, 1979), es un monumento de erudición que desborda los límites del título: mayorazgos, régimen académico, sociedad y cultura, testamento. El sazonado fruto de una larga dedicación, *La compañía Mercantil en Castilla hasta 1737*, Sevilla, Universidad, 1980, por José Martínez Gijón, a quien agradezco la dedicatoria y la grata compañía. Un fructuoso coloquio sobre la *Historia Agraria*, en 1977, con participación de Gonzalo Anes, Madrid, Alfaguara, 1979, servirá a quien prosiga sobre el derecho agrario. Quien por su parte atiende a la constitución territorial de este país, el acontecimiento arriba citado debe también ser tratado en estos límites: *La guerra de la Independencia en Navarra. La acción del Estado* (?), Pamplona, Diputación foral, 1977. No hubo en Navarra Juntas; fue la de esa Diputación la que dio dos vocales a la Junta Central. La finisecular *Historia de las obras públicas en España*, de Pablo Alzola y Mirondo, ha sido reeditada por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Madrid,

1979, desde los romanos hasta el siglo XIX, responde a la pregunta necesaria en una exposición sistemática, como la *Cataluña en la España Moderna*, de Pierre Vilar, Barcelona, Crítica, 1978, a la lección sobre la, con Polonia, por antonomasia nación. *Los conciertos económicos* (con las Provincias Vascongadas, desde 1876, fecha de la constitución, de la que forman parte), por Carmen Postigo, San Sebastián, Arámburu, 1979, asimismo importantes para la historia financiera. *La Ilustración y la Sociedad Gallega. Una visión de Galicia en los economistas ilustrados*, Galaxia, Compostela, 1978, junto a los personajes, Fray Martín Sarmiento, Juan Francisco de Castro, un Somoza, las instituciones: Sociedades Económicas de Amigos del País el Real Consulado de la Coruña. *La II.ª República*, de Manuel Tuñón de Lara, Madrid, Siglo XXI, 1976, cuyo específico método invita a completar con las instituciones y el derecho. *El tributo indígena en el Perú* (siglos XVI-XVII), Pamplona, Universidad, 1979; *The Dawn of the Modern Banking*, desde Mesopotamia a Cataluña, son títulos más próximos a la historia del derecho ampliamente entendida, que algunos continúan prefiriendo.

R. GIBERT

VARIOS: *Meletes archaion Hellenikon kai Hellenistikon dikaion* (Escuela de Altos Estudios Políticos «Panteios», Atenas, 1978), págs. XVI-418.

Se publican ahora las actas del II Symposium internacional de Derecho griego y helenístico celebrado en Gargnano sul Garda en junio de 1974, gracias a la iniciativa de la Escuela Superior de Estudios Políticos «Panteios», de Atenas, y del Instituto de Derecho romano e Historia de los Derechos antiguos de la Universidad de Milán, y al impulso siempre entusiasta del profesor Biscardi. Son importantes estos estudios, en primer lugar, por las contribuciones de eminentes estudiosos de los Derechos helenísticos, pero especialmente por la temática afrontada, que podemos dividir en tres grandes grupos: la situación y la importancia de los estudios de Derecho griego, tanto respecto al Derecho romano como por su integración en la Historia jurídica europea; los fenómenos procesales y temas monográficos varios.

1. Al primer grupo pertenece la comunicación de Arnaldo BISCARDI, *Diritto greco e scienza del diritto* (p. 1-22). Por Derecho griego entiende la experiencia jurídica del mundo greco-helenístico en su totalidad, desde los orígenes micénicos al Derecho bizantino, superando la noción atomística de «Derechos griegos» de algunos autores, en cuanto, si ciertamente hay una pluralidad de ordenamientos cívicos, hay un denominador común de principios jurídicos acogidos por todos los griegos y sentido conscientemente (Herodoto, s. V. a. C.). ¿Pero qué importancia tiene el estudio del Derecho griego en el cuadro de la experiencia moderna? Para Biscardi el Derecho es un fenómeno que se proyecta en el espacio y en el tiempo, y su conocimiento está subordinado ne-

cesariamente a la comparación horizontal y vertical de sus manifestaciones, y, en este sentido, el Derecho griego es Historia que considera un instrumento de conocimiento del fenómeno jurídico en sí mismo. El Derecho griego en nuestros días, despojado de la vertiente romanística a través de la cual era estudiado, es analizado para intentar construir una dogmática adaptada a la experiencia griega, advirtiendo las diferencias entre la cultura micénica y la homérica.

Con un planteamiento claramente estructuralista, la ponencia de Alberto MAFFI, *Rilevanza delle regole di scambio omeriche per la storia e la metodologia del diritto* (p. 33-62), entiendo que llega a conclusiones muy arriesgadas. En primer lugar, porque la diferencia entre bienes de prestigio y bienes de subsistencia, la profundización de su sentido jurídico que habían dejado de lado Gernet y Finley, no parece probado. En este punto, la construcción del *av* más por una vía antropológica que jurídica, y su tesis aplicada al mundo homérico no parece totalmente persuasiva ni parece añadir gran cosa —contra lo que defiende Maffi— a la Historia y metodología del Derecho griego.

Stefano NESPOR, *Appunti sui rapporti tra diritto e religione in Omero* (p. 86-96), parte de un punto eclético entre quienes afirman la separación neta entre Religión y Derecho en los poemas homéricos (Tylor, Ranulf, Dodds), y los que tienden por una cierta identificación entre ambos (Schmid-Stahlin, Glotz). Nespore parte del principio de la «disponibilidad de la justicia divina» en cuanto el criminal puede ser sometido a la sanción de los dioses, y se fija en el conocido episodio de Aquiles contra Agamenón, con la intervención de Atenea, lo que lleva, según el *av*, a un proceso antes que de uso de las armas.

La señora Luisa LEPRI dedicó su atención *Ai confini fra nomos e psephisma*» (307-321), contraponiéndolos, en cuanto el *nomos* es la ley escrita positiva, *nomos* se refiere al contenido, *psephisma* al proceso de formación de la norma, aunque en algunas fuentes son totalmente identificables, pero en otras no, y de ahí las diferencias. En fuentes filosóficas se contraponen la duración teóricamente eterna del *nomos*, a la duración temporal del *psephisma*, que, en definitiva, serían normas menores.

La comunicación de Alain HOULOU, *Été 350 a. C.: aux origines du droit constitutionnel* (p. 327-356), extrae de una carta de Aristóteles a Alejandro sobre la política hacia las ciudades, conocida a través de una tradición árabe, que estima como la carta de fundación del derecho constitucional, y que sería un pequeño prontuario de ciencia del buen gobierno, explicado a veces por el *av* a través de conceptos romanos, que no parecen tan claramente aplicables como pretende.

Mario AMELOTTI, *Conoscibilità di altri diritti ellenistici rispetto al diritto tolemaico* (p. 361-365), plantea el tormentoso tema de la cognoscibilidad del derecho público con mayores o menores lagunas en las monarquías helenísticas, pero no así el derecho privado, con la excepción de Egipto. Respecto a la utilización del pluralístico Derechos helenísticos antes que el singular Derecho helenístico, del mismo modo que el binomio Derechos griegos-derecho-

griego, entiende que a la base de todos puede verse un sustrato de principios comunes, aunque siempre sean mejor conocidos alguno de estos ordenamientos, como el Derecho tolemaico y el Derecho ático.

2. El segundo grupo de argumentos se refiere a materias procesales. El estudio de Eva CANTARELLA, *Mecanismi decisionali e processo nei poemi omerici* (p. 69-83), pone en claro cómo, a veces, se observa un mecanismo decisional dirigido a regular la autodefensa (venganza), mientras otras veces (controversia entre Menelao y Antíloco) se tiende a excluirla, e incluso a veces un duelo (entre Paris y Menelao) se pone como un medio a través del cual se manifiesta la voluntad divina.

La intervención de Mario TALAMANCA, «dikazein» e «krinein» nelle testimonianze greche più antiche (p. 103-133), trata de abrir el horizonte hasta ahora excesivamente cerrado entre los términos «dikazein»: sentencia objetiva según hechos probatorios, y «krinein» (o diagignoskein): sentencias donde se aprecia la libre convicción del juez, no sujetas a reglas probatorias. A través del examen de una larga documentación, prueba los diversos contenidos de estos términos, especialmente en polémica con las investigaciones de Thür y Wolff.

Diederich BEHREND, *Dike nach Emile Benveniste* (p. 137-145), discute la significación originaria de *dike*, según aquel indoeuropeista, como «fórmula con carácter imperativo», «sentencia normativa», admitiendo significados como «acción» dentro de una serie de posibilidades que ofrecen las fuentes. La comunicación de G. THÜR, *Die «Proxlesis» zur «basanos»* (p. 153-164), sitúa la tortura, fundamentalmente en esclavos, como medio formal de prueba. Dimitri GOFAS trata de *Les Emmenoi dikai à Thasos* (p. 175-188), que al igual que en Atenas, se trata de procesos mensuales, que debían ser presentados ante el tribunal en el plazo de un mes. Con su *Contribución à l'étude de l'epidikasia attique* (p. 201-222), Evangelos KARABELIAS trata de la situación hereditaria de los colaterales que debían demandar la adjudicación del patrimonio del causante mediante una «epidikasia», precedida de una «lexis» ante el arconte, desarrollándose el relativo proceso. Joseph MODRZEJSKI, *Chrématistes et Laocrites* (p. 375-388), partiendo del célebre prostagma de Tolomeo VIII Evergete II (C. Ord. Ptol. 53), intenta una nueva interpretación, considerando que se limitan las competencias de los crematistas (jueces reales) a los procesos sobre contratos en lengua griega, y los laocritas en demótico, pero, contradiciendo a Grenfell y Hunt, propone nuevas soluciones para los contratos litigiosos entre griegos y egipcios.

3. Dentro del epígrafe contribuciones varias, Henry KUPISZEWSKI, *La lettera di Berezan* (p. 189-195), aporta una interpretación jurídica a este texto en dialecto jónico encontrado en 1970, que trata de un patrimonio, acaso pignorado, con esclavos, cuya situación es controvertida Panagiotis DIMAKIS, *A propos du droit de propriété de la femme mariée sur les biens dotaux d'après le droit ancien* (p. 227-240), plantea notables dudas sobre la propiedad de los bienes dotales: si son de la mujer o del constituyente Mariagrazia BIANCHINI, *Le*

syngraphe ed il problema delle forme contrattuali (p. 245-258), muestra el uso de los *syngraphe* como prueba prácticamente incontestable en una serie de relaciones; en definitiva escritura negocial con valor probatorio. Harald MEYER-LAURIN, *Die Haftung für den Noxa non solutus beim Sklavenkauf nach griechischem Recht* (p. 263-279), considera la existencia de lo que pudiera llamarse una acción redhibitoria en algún texto ático y en el Derecho de Gortyna. Finalmente, Eberahrd KLINGENBERG estudia *La legge platonica sulle fontane pubbliche* (p. 283-303), que coincide con otras inscripciones en lo referente a la competencia de los agoranomos y de los astinomos para sancionar los delitos contra las aguas públicas.

4. Con esta visión acaso demasiado sumaria de la multitud de problemas planteados en este Simposio, no doy sino un reflejo escaso de su riqueza, como lo demuestran las varias intervenciones a cada relación concreta, que también se recogen en este volumen, y que obviamente he debido silenciar. Creo que debemos felicitarnos de la conveniencia de estos encuentros sobre una parcela de los Derechos de la Antigüedad que se estudia desde hace poco tiempo con una independencia creciente respecto del Derecho romano, y que arrojan datos muy interesantes sobre una experiencia jurídica tan rica como la del mundo griego.

ARMANDO TORRENT

V A R I A

JUBILACION DEL PROFESOR D. JOSE MALDONADO

En el curso de este año de 1982 se ha producido la jubilación del profesor don José Maldonado y Fernández del Torco, codirector de este ANUARIO desde 1947.

Nacido en Madrid en 1912, cursó la licenciatura de Derecho en la Universidad madrileña, doctorándose con premio extraordinario en 1936. Iniciado por don Eloy Montero y formado por Fray José López Ortiz en el estudio del Derecho canónico, al lado de éste y del profesor García-Gallo llegó muy pronto a ser también maestro en Historia del Derecho. En 1942 obtuvo la cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Santiago, accediendo en este mismo año a la de Valladolid, que desempeñó durante cuatro años. En 1953, en virtud de nueva oposición, obtuvo la de Historia de la Iglesia y del Derecho canónico de la Universidad Complutense, y por último, dos años después, la de Derecho canónico de esta Universidad. Fue también durante varios años encargado de curso de "Relaciones de la Iglesia y el Estado" en la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas y de "Historia de la Iglesia y de las instituciones canónicas hispanoamericanas" en las de Filosofía y Letras. Como investigador ha permanecido vinculado a las instituciones científicas españolas. En el Consejo Superior de Investigaciones Científicas ha sido Secretario de la Sección de Historia del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Consejero de número del Patronato "Raimundo Luio", Colaborador del Instituto "San Raimundo de Peñafort" de Derecho canónico, y miembro del Consejo de Dirección de la "Revista de Derecho canónico". Es también licenciado en Ciencias Políticas y Económicas y miembro de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Al lado de la actividad docente e investigadora ha desempeñado diversos cargos en relación con su condición de jurista y universitario, tales como Letrado del Consejo de Estado desde 1946, Abogado ante el Tribunal de la Rota y Subsecretario de Educación Nacional de 1956 a 1962. Está en posesión de las Grandes Cruces del Mérito Civil y de Alfonso el Sabio, así como de otras condecoraciones extranjeras.

Siendo el profesor Maldonado jurista por vocación, formación y preocupación vital, no podía ser sino el Derecho el centro de su interés como historiador. En el campo de la Historia del Derecho obras como su *Herencia en favor del alma en el Derecho español* (Madrid, 1944) y *La*

condición jurídica del "nasciturus" (Madrid, 1946), han determinado el que durante años el estudio de la Historia del Derecho haya sido más jurídico en sus planteamiento y contenido, que se haya intensificado su investigación en el campo del Derecho privado y el que se haya atendido más a las normas jurídicas que a los aspectos sociales y económicos.

Profundo conocedor de las fuentes del Derecho, su trabajo en bibliotecas y archivos le han deparado con frecuencia hallazgos interesantes que quedaron recogidos en artículos tales como *Un fragmento de la más antigua historia del Derecho español* (en este ANUARIO, 14), *En torno a un texto modificado de una ley de Partidas* (en "Revista de la Universidad de Madrid", 1943), *Un manuscrito del Fuero Viejo* (en este ANUARIO, 32) y su edición y estudio de *El Fuero de Coria* (Madrid, 1944).

La Historia del Derecho y el Derecho canónico no son para el profesor Maldonado dos campos distintos, aunque él los tuvo con independencia pero con idéntico rigor. De ahí que, con frecuencia, haya prestado atención a poner de relieve la interrelación entre el Derecho secular y canónico, ya sea desde el punto de vista metodológico como en *La técnica de la investigación histórica del Derecho canónico* (en "Investigación y elaboración del Derecho canónico", Barcelona 1956), ya sea con carácter general, como en su Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia sobre *La significación histórica del Derecho canónico* (Madrid, 1969) o mediante el estudio en fuentes e instituciones concretas como en *Las relaciones entre el Derecho canónico y el Derecho secular en los Concilios españoles del siglo XI* (en este ANUARIO, 14); *Sobre las relaciones entre el Derecho de las Decretales y el de las Partidas en materia matrimonial* (en este ANUARIO, 16); *Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español* (en este ANUARIO, 23); *Los recursos de fuerza en España* (en este ANUARIO, 24), y *Las crónicas de Indias y la Historia del Derecho canónico: Gil González Davila* (en este ANUARIO, 50).

Todo ello, junto a una labor aún más intensa de magisterio e investigación en el campo de Derecho canónico es el resultado de una vida dedicada al estudio de la Ciencia jurídica española. Desde estas breves líneas, la Redacción del ANUARIO no puede por menos de expresar su congratulación por contar con la dirección y apoyo de tan ilustre maestro, a la vez que desea hacer llegar al profesor Maldonado su más sincera felicitación por esta labor en favor de la Universidad e Investigación españolas.

PROFESORES DE HISTORIA DEL DERECHO, DOCTORES «HONORIS CAUSA» POR LAS UNIVERSIDADES DE LEON Y LISBOA

El día 26 de abril del presente año fue investido doctor "honoris causa" por la Universidad de León el profesor don Alfonso García-Gallo de Diego, a propuesta de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. La

presentación del doctorando al claustro de profesores de la Universidad, presidido por el excelentísimo y magnífico señor rector, corrió a cargo del catedrático titular de Historia del Derecho de dicha Universidad, doctor Arvizu Galarraga, quien puso de relieve los méritos del doctor García-Gallo como profesor universitario a lo largo de cincuenta años, maestro de varias generaciones de historiadores del Derecho e investigador fecundo de la Historia del Derecho Español e Indiano, haciendo mención expresa de sus trabajos sobre temas y fuentes leonesas tales como los magníficos estudios sobre el Concilio de Coyanza y el Fuero de León. A continuación el profesor García-Gallo, tras agradecer a las autoridades académicas la distinción de que era objeto, pronunció una brillante lección magistral sobre el "Proceso de San Marcelo de León".

Un mes después, el 26 de mayo, tenía lugar en la Universidad de Lisboa la investidura de los maestros don Claudio Sánchez Albornoz y don Alfonso García-Gallo como doctores "honoris causa". La presentación del profesor Sánchez Albornoz al excelentísimo y magnífico señor rector y claustro de la Universidad estuvo a cargo del titular de la cátedra de Historia del Derecho Portugués, profesor don Martín Albuquerque, quien puso de relieve cómo la personalidad científica y obra del doctorando era acreedora del título de "pessoa de verdade e autoridade conveniente" requerido por los estatutos universitarios de 1559 para la concesión del grado de doctor. A continuación, por delegación expresa de don Claudio Sánchez Albornoz, tomó la palabra el profesor García-Gallo, quien destacó la estrecha relación del maestro con el mundo científico portugués y su reconocimiento constante a este país en el que tuvo acogida en momentos difíciles de su vida.

Asimismo, el profesor don Alfonso García-Gallo fue presentado por su colega portugués profesor Ruy de Albuquerque, quien glosó su obra científica en sus diversas facetas universitarias de docente, considerándolo como "maestro en su acepción de figura cimera del movimiento intelectual de su generación" y de investigador, autor de numerosos trabajos que van desde obras de síntesis destinadas a la docencia a estudios monográficos sobre los más diversos temas en los diferentes períodos. A continuación el profesor García-Gallo, pronunció unas palabras de agradecimiento destacando su vinculación científica a la Universidad portuguesa y la influencia que los historiadores portugueses Gama Barros, Cabral de Moncada, Merêa y Braga da Cruz, tuvieron en su formación científica.

V JORNADAS DE ESTUDIOS CANARIAS-AMERICA

Organizados por la Caja General de Ahorros y Monte de Piedad de Santa Cruz de Tenerife, en colaboración con el Instituto de Estudios Hispánicos de Canarias y el Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, tuvieron lugar en Santa Cruz de Tenerife del 18 al 29 de octubre del presente año las V Jornadas de Estudios Canarias-América, sobre el tema general

“Colón y el Descubrimiento”. A ellas asistieron, entre otros ilustres americanos, los profesores de Historia del Derecho Indiano, don Alfonso García-Gallo de Diego, que disertó sobre las “Capitulaciones de Santa Fe”, y don Antonio Muro Orejón que lo hizo sobre el tema “Colón controvertido. Testimonios favorables y adversos al descubridor en los pleitos con la Corona”.

MESA REDONDA SOBRE «ALFONSO X EL SABIO»

Organizada por el Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, y dirigida por don Emilio Sáez Sánchez, tuvo lugar en dicho centro, del 22 al 27 de noviembre del presente año, una mesa redonda sobre “Alfonso X el Sabio”, que reunió a varios especialistas sobre diferentes aspectos de la vida y obra del monarca castellano.

De entre las interesantes ponencias anunciadas, cabe destacar aquí, por su interés para nuestra materia, las de los profesores García-Gallo sobre “La obra jurídica de Alfonso el Sabio”, Ladero Quesada sobre “Las reformas administrativas de Alfonso el Sabio” y González Jiménez sobre “La obra repobladora de Alfonso el Sabio”.

IV SYMPOSIUM DE HISTORIA DE LA ADMINISTRACION

Bajo el título de “La administración española moderna y contemporánea (1474-1936)” se celebró en el Instituto Nacional de Administración Pública en Alcalá de Henares, del 9 al 11 de diciembre del presente año, el IV Symposium de Historia de la Administración de acuerdo con un apretado programa de trabajo. En la primera sesión, presidida por don Alfonso García-Gallo, tras unas palabras de salutación a los asistentes del profesor Baena del Alcázar, tuvieron el uso de la palabra el profesor Lalinde Abadía sobre el tema “España ante la lesión del derecho objetivo”, la doctora Cortés Alonso sobre “Las ordenanzas de Simancas y la administración castellana”; el profesor García Marín sobre “El dilema ciencia-experiencia en la selección del oficial público en la España de los Austrias”, la doctora Cuartas Rivero sobre “La venta de oficios públicos en el siglo XVI”, el profesor Bermejo Cabrero sobre las “Juntas del Antiguo Régimen (Aproximación a su estudio)”, el doctor Pelorson sobre “Aspectos administrativos y políticos de una crisis a través del proceso del Conde Villalonga y Ramírez del Prado. Juntas y Consejos a principios del siglo XVII”, y el profesor González Alonso sobre “Administración real y administración señorial en la Castilla moderna”. En la segunda sesión, presidida por don Miguel Artola Gallego, disertaron los profesores Cerdá

Ruiz-Funes sobre "Consideraciones sobre el municipio castellano de la Edad Moderna, Juraderías y Jurados en Murcia, Toledo y Sevilla", García-Gallo sobre "Territorio y término en el municipio castellano e indiano de la Edad Moderna", Merchán Alvarez sobre "El gobierno y la administración de Sevilla durante la etapa austríaca" el profesor Sánchez Bella sobre "Concesión a aragoneses de plazas de justicia y gobierno en Indias (siglo XVII)", el profesor Iglesia Ferreirós sobre "Las Cortes catalanas de Pau Claris", y el profesor Salcedo Izú sobre "La función pública en Navarra". En la tercera sesión, presidida por don Rafael Gibert, expusieron sus comunicaciones los profesores Artola Gallego sobre "La administración territorial del Antiguo Régimen", Ozanam sobre "Les travaux et les jours d'un intendant espagnol au XVIII^e siècle", Martínez Díez sobre "La provincia de Burgos hasta 1833", Molas Ribalta sobre "De la Junta de Comercio al Ministerio de Fomento", y Martín-Retortillo con el título de "Notas para la historia de la noción de orden público". En la cuarta sesión, presidida por don José María Font Rius, estuvieron en el uso de la palabra los profesores Gallego Anabitarte, quien habló acerca de la "Historia jurídica e historia dogmática-jurídica"; Gibert y Sánchez de la Vega, que lo hizo sobre "La Colección de Decretos de las Cortes de 1810-1813"; la doctora Barrero García sobre "La materia administrativa en las postrimerías del Antiguo Régimen" y el profesor Tomás y Valiente, que trató de "La primera legislación liberal en materia de funcionarios". Durante la última sesión, presidida por don Francisco Tomás y Valiente, disertaron los profesores Arvizu Galarraga, sobre "Algunas consideraciones en torno al régimen del Consejo de Ministros (1824-1844)"; Guaita Martorell sobre "Las competencias del Ministerio de Fomento de 1832-1931"; la doctora Montanos Ferrín, sobre "El Ministerio de Ultramar"; el profesor Coronas González, sobre "El Senado como tribunal de justicia"; el profesor Sánchez-Arcilla Bernal, sobre "El tránsito del municipio del Antiguo Régimen al municipio constitucional. Un caso concreto: Guadalajara", y el doctor Canales A'iende, sobre "La Jefatura del Estado durante la Segunda República Española".

Además estaban anunciadas y aparecerán publicadas en el volumen de Actas las comunicaciones del doctor Udina Martorell acerca de "La gobernación general ofrecida a Colón, institución de la Corona de Aragón", doctor Bermúdez Aznar sobre "Las Ordenanzas del Cuerpo General de Comercio de Murcia", doctora García-Gallo Peñuela sobre "El reformismo administrativo de José I y las Cortes de Cádiz", doctor García Madaria sobre "La primera escuela de administración. La formación de los empleados públicos en la España de 1840", y el doctor Voltes Bou sobre "Las Diputaciones Provinciales del siglo XIX y su acción de fomento de la riqueza y la cultura. El caso de Barcelona".

Tras el coloquio de la última sesión tuvo lugar el acto de clausura del Symposium, que contó con la presencia del excelentísimo señor Secretario de Estado de la Administración Pública, y en el que hicieron uso de la palabra los organizadores del Symposium, los profesores Baena

Alcázar y González Alonso, quienes, tras realizar una somera valoración de esta reunión, hicieron votos por la continuidad de los Symposios de Historia de la Administración.

ULTIMAS TESIS DOCTORALES DE HISTORIA DEL DERECHO

El día 9 de julio de 1980, José Sarrión Gualda, profesor de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, leyó su tesis doctoral sobre "La Escuela de Administración Pública de Cataluña (1912-1939)". La tesis fue dirigida por el titular de la Cátedra, doctor don Joaquín Cerdá Ruiz-Funes. Juntamente con éste, juzgaron la tesis el doctor Rafael Entrena Cuesta (presidente del tribunal) y los doctores Alejandro Nieto García, Juan Prats Catalá e Ismael E. Pitarch Segura. La tesis obtuvo la calificación de sobresaliente cum laude.

El objeto de la investigación está constituido por la Escuela de Funcionarios de Administración Local (éste fue su primer nombre) que funcionó en Cataluña entre 1912 y 1939.

La investigación consta de tres partes. La primera (introdutoria) está dedicada al estudio de la Función Pública española del siglo XIX y de los intentos del poder público, que acabó consagrando el sistema de oposiciones, como medio de acceso y formación del funcionario público, frente al sistema de una Escuela especial de administración o de una rama especial dentro de la Facultad de Derecho (capítulo I). El Estado aplicó el sistema de oposiciones al funcionariado local, para combatir el caciquismo y la corrupción en la administración local. La Diputación de Barcelona optó por crear una Escuela de Funcionarios (cap. II). Catalanismo y Regeneracionismo están también en la raíz de la creación del Centro para quien fue su artífice: Prat de la Riba (cap. III).

En la segunda parte se realiza un estudio institucional de la Escuela: Naturaleza del Centro, fines, plan de estudios, obligatoriedad de sus enseñanzas, profesorado, etc. (cap. IV). Sigue una crónica detallada de su actividad (cap. V). Cierra esta parte el balance y valoración de la obra realizada por la Escuela (cap. VI).

La tercera parte estudia la misión realizada por la Escuela dentro de la Función Pública en Cataluña y las dificultades coyunturales, burocráticas y políticas que condicionaron el cumplimiento de sus objetivos (cap. VII). Termina la investigación con el intento de demostrar que la Escuela constituyó un precedente de instituciones similares, en especial del Instituto de Estudios de Administración Local.

No existía hasta el momento investigación alguna sobre esta original institución de Cataluña, en nuestra Historia de la Administración, por lo que el doctorando ha trabajado fundamentalmente sobre los fondos do-

cumentales existentes en el archivo de la Diputación de Barcelona —Generalidad de Cataluña.

La metodología, dado el intento de reconstrucción histórica de la Escuela, tiene un aspecto institucionalista, sin abandonar el propósito de situar la Escuela en el contexto histórico en que le tocó desarrollar sus objetivos institucionales.

En la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, don Tomás de Montagut Estragués defendió su tesis doctoral titulada: "El Maestro Racional en la Corona de Aragón (1283-1419)" el día 15 de abril de 1982. Dicha tesis, dirigida por el Doctor don José María Font Rius, fue calificada de Sobresaliente "cum laude" por el Tribunal presidido por el Doctor don José María Font Rius e integrado por los Doctores don José Manuel Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, don Jesús Lallinde Abadía, don Joaquín Cerdá Ruiz-Funes y don Aquilino Iglesia Ferrerós.

Siguiendo la clásica distinción entre historia externa e historia interna, el trabajo se presenta dividido en dos grandes apartados.

En el primero se trata de elucidar el problema de los orígenes de la Institución (1283), para seguir exponiendo la historia de su desarrollo y plenitud y terminar señalando con más detalle el proceso que conducirá a la división del oficio (1419). En este primer apartado van tratándose por orden cronológico los diversos momentos de la historia de la Institución: la influencia inicial siciliana, la coyuntura política de la Corona de Aragón en el año 1283, la política de centralización administrativa de Jaime II, la labor normativa y juridizadora de Pedro el Ceremonioso y la época final de crisis política, económica y también institucional en cuanto incide de una forma decisiva en el oficio del Maestro Racional.

En el segundo apartado se realiza un tratamiento sistemático de un órgano supremo de función administrativa financiera que se inscribe dentro del derecho regio, si bien se interrelaciona con las demás instituciones de derecho municipal y de derecho señorial que desarrollan su actividad en esta época bajo-medieval de la Corona de Aragón. Después de tratar la problemática de la constitución orgánica del oficio, se acomete el estudio del funcionamiento del mismo, dentro del que destaca el apartado dedicado a la fiscalización, función básica que desarrolla todo Tribunal de Cuentas, que es una de las figuras institucionales englobadas en la del Maestro Racional, siquiera a este último le corresponden, además, otras funciones relevantes (de intervención, informantes, consultivas, etc.) impropias de un Tribunal de Cuentas.

Las conclusiones del trabajo configuran al Maestro Racional como uno de los órganos básicos de la administración financiera que permite a los monarcas de la Corona de Aragón bajo-medievales racionalizar, en cierta medida, el estado de sus finanzas al organizarse un control del gasto público, esencia, en definitiva, de la fiscalización.

La tesis ha sido elaborada con un material heurístico, en su mayoría inédito, que procede básicamente de los fondos del Real Patrimonio del Archivo de la Corona de Aragón. Es de destacar el apéndice documental primero en donde se reproducen una serie de Ordinaciones referentes al oficio del Maestro Racional que, a pesar de ser legislación regia, no han sido incluidas en ninguna recopilación de los diferentes reinos de la Corona de Aragón. Fuentes documentales publicadas y la bibliografía hispana y extranjera más afín a la temática económico-financiera y política de la época completan los medios de conocimiento sobre los que se ha construido el trabajo.

El 21 de diciembre de 1982 leyó su tesis doctoral, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, don Sebastià Solé i Cot, sobre el tema "La Governació general del Principat de Catalunya sota el règim de la Nova Planta (1716-1808). Una aportació a l'estudi del procediment governatiu de les darreries de l'Antic Règim". El Tribunal que la juzgó estuvo presidido por don Josep Maria Font i Rius, y constituido además por don Joaquín Cerdá Ruiz-Funes —director de la tesis—, don Francisco Tomás y Valiente, don Alejandro Nieto García y don Jesús Lalinde Abadía.

Es un estudio del procedimiento gubernativo de las autoridades reales superiores del Principado de Cataluña --el Capitán General y la Real Audiencia— bajo el régimen de la Nueva Planta durante el siglo XVIII. Explica en lo posible los elementos institucionales y sociales necesarios para la comprensión de dicho procedimiento; prescinde, en cambio, de otras facetas no gubernativas de las mismas instituciones.

Consta de una introducción metodológica, con una narración de las vicisitudes del fondo documental de la R. Audiencia borbónica desde el momento de la redacción de los documentos hasta la actualidad, así como de su localización y estado actuales; y con una descripción detallada del contenido de las series de registros y legajos examinados por el doctorado. En el capítulo I se estudian orgánicamente los oficios de Gobernador y Capitán General del Ejército y Principado de Cataluña y, como tal, Presidente de la R. Audiencia, especialmente en su faceta político-gubernativa y sus relaciones con la Audiencia que presidía; y se pone de manifiesto cómo la figura del Capitán General, con su curia compuesta por los asesores, secretario y oficiales, tuvo tanta preponderancia que eclipsó a menudo las demás instituciones superiores del Principado, como por ejemplo la Audiencia; y esto tuvo consecuencias decisivas en los diversos procedimientos gubernativos observados. En los capítulos II al IV se estudia el procedimiento gubernativo del Capitán General y Real Acuerdo, tanto en el ámbito interno de la provincia (relaciones con otras jurisdicciones, relaciones con los ministros u oficiales subordinados, relaciones con los particulares, procedimiento o funcionamiento interno de la misma institución) como en sus relaciones con la superioridad (es decir,

los órganos centrales de la Monarquía); fundamentalmente se estudian los expedientes, las consultas, y la comunicación y cumplimiento de las órdenes. El capítulo V está dedicado al estudio de la Escribanía Principal de Cámara y Gobierno de la Audiencia, y como tal Secretaría de Acuerdo, así como su decisiva intervención en los expedientes gubernativos, y los estilos y técnicas de redacción y archivo de los documentos y registros. El capítulo VI estudia algunos aspectos financieros de la Audiencia que estaban a cargo de dicho Escribano, y que permiten captar el alcance y significado de algunas reformas fiscales del Setecientos, así como del proceso correspondiente de centralización. Finalmente, en el capítulo VII se estudia la Secretaría de la Gobernación y Capitanía General, órgano paralelo y rival del anterior.

Es un trabajo útil para el conocimiento de la gobernación o administración provincial española del Setecientos y de su evolución, así como para el conocimiento y estudio del Derecho y del procedimiento gubernativo de España al final del Antiguo Régimen, que puede ayudar a establecer sus relaciones con el Derecho y procedimiento correlativos del sistema constitucional. También tiene utilidad como guía de futuros investigadores de los fondos documentales de la R. Audiencia borbónica de Cataluña. Además, el trabajo abre brecha en el estudio de algunas instituciones subalternas no estudiadas hasta el momento, como las escribanías de cámara de las chancillerías y audiencias, o las secretarías de las capitanías y comandancias generales, y también de algunos ramos fiscales y parafiscales, como el derecho del Sello, el derecho de registro, las penas de Cámara, los salarios de sentencias, o los aranceles judiciales.

El Tribunal concedió la calificación de Sobresaliente "cum laude".

En el Departamento de "Historia del Derecho", de la Universidad de Navarra, se terminaron, bajo la dirección del Dr. Sánchez Bella, cuatro Tesis Doctorales a lo largo del curso académico 1981-1982: Mercedes Vázquez de Prada: "Negociaciones de Vizcaya con el Poder Central, 1833-1877"; José Miguel Rojas Crisanto: "El Tribunal de Cuentas de Santa Fe (siglo XVIII)"; Inés Cobo Sáez: "Los bienes gananciales en el Derecho castellano (siglos XIII-XVII)", y Deogracias Rosales Santos: "El episcopado de Indias desde la Recopilación de 1680 al Nuevo Código de 1792".

NUEVO CATEDRÁTICO DE HISTORIA DEL DERECHO

En virtud de concurso oposición celebrado en el mes de diciembre, ha obtenido la cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Málaga don Manuel Peláez Albendea, hasta entonces profesor adjunto de la asignatura en la Universidad Central de Barcelona.

Se acabó de imprimir el tomo LII (1982) del
ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL
el día 7 de diciembre de 1982, víspera de la
festividad de la Inmaculada Concepción

LAUS DEO

I N D I C E

Páginas

Estudios:

<i>El antiguo derecho local de la ciudad de Balaguer</i> , por José María Font Rius	5
<i>Fuero Real y Especulo</i> , por Aquilino Iglesia Ferreirós	111
<i>«Leyes de la China». Orígenes y ficciones de una Historia del Derecho Español</i> , por Bartolomé Clavero	193
<i>Suppositio partus-crímen falsi</i> , por Armando Torrent	223
<i>El Fuero de Uclés (siglos XII-XIV)</i> , por Milagros Rivera Garretas.	243
<i>La reserva hereditaria en el Derecho Navarro de la Edad Moderna</i> , por Fernando de Arvizu	349
<i>La defensa pretoria del «missus in possessionem»</i> , por Fernando Betancourt	373
<i>La recusación judicial en el Derecho histórico español</i> , por Santos M. Coronas González	511
<i>En torno al método de los juristas medievales</i> , por Francisco Carpintero	617

Documentos:

<i>La Academia del Derecho Civil y Canónico en el siglo XVIII</i> , por José Luis Bermejo Cabrero	649
------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Miscelánea:

<i>Nueva visión de la historia de los Godos</i> , por Bernardino Bravo Lira	673
<i>La desprivatización del «furtum» en el Derecho postclásico</i> , por Jesús Burillo	697
<i>Un «responsum» de Escevola: D. 7,1,50</i> , por Teresa Giménez-Candela	705
<i>Notas sobre la práctica jurídica gallega en el siglo XVIII</i> , por Emma Montanos Ferrín	711
<i>Viviano y la castratio puerorum (A propósito de D. 9.2.27,28)</i> , por Manuel Abellán Velasco	733

Bibliografía:

- ACADEMIA PORTUGUESA DA HISTORIA: *Documentos Medievais Portugueses. Documentos Particulares* (Gonzalo Martínez Díez, S. I.). 751
- BARAUT, Cebrià: *Els documents dels anys 981-1010 de l'Arxiu Capitular de la Seu d'Urgell* (J. F. R.) 753
- BERTRAN ROIGE, P.: *Catálogo del Archivo del Colegio de España* (Antonio García y García) 755
- Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum commentariis glossatorum* (Horacio Santiago-Otero) 756
- GARCÍA ORO, J.: *La nobleza gallega en la baja Edad Media. Las casas nobles y sus relaciones estamentales* (Antonio García y García) 759
- GUZMÁN, Alejandro: *Ratio scripta* (Alvaro D'Ors) 760
- JOHANNIS TEOTONICI: *Apparatus glossarum in Compilationen tertiam* (Antonio García y García) 766
- LALINDE ABADÍA, J.: *La persona y la obra del jurisconsulto vicense Jaime Callis* (J. M. F. R.) 767
- LASOASA VILLANUA, Santiago: *El «Regimiento» municipal de Pamplona en el siglo XVI* (Emma Montanos Ferrín) 769
- Libro Becerro de las Behetrias* (A. Bermúdez) 772
- Llibre del Consolat de Mar* (Aquilino Iglesia Ferreirós) 774
- KAGAN, Richard L.: *Lawsuits and Litigants in Castile, 1500-1700* (Bartolomé Clavero) 793
- PÉREZ BUSTAMANTE, Rogelio: *Ordenanzas antiguas de la villa de Cabezón de la Sal* (R. Gibert) 795
- RAMOS PÉREZ, Demetrio: *Audacia, negocios y política en los viajes de descubrimientos y rescate* (María Antonia Valbuena García). 797
- ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo: *Los derechos políticos de asociación y reunión en la España contemporánea (1811-1936)* (Ignacio Arana Pérez) 799
- TAFARO: *La interpretativa ai verba «quanti ea res est» nella Giurisprudenza romana* (J. L. Murga) 803

Notas bibliográficas:

- ALBANESE, Bernardo: *Gli atti negoziali nel diritto privato romano* (A. O.) 805
- ARREGUI ZAMORANO, Pilar: *La Audiencia de México según los visitantes. Siglos XVI y XVII* (Fernando Mayorga García) ... 806
- BERNAL, Beatriz, y LEDESMA, José de Jesús: *Historia del Derecho Romano y de los derechos neoromanistas* (A. O.) 807

	Páginas
BONFANTE, Pietro: <i>Corso de Diritto Romano. IV. Le Obligazioni (A. O.)</i>	808
BRAGA DA CRUZ, Guilherme: <i>Obras esparsas. Vol. I. Estudos de Historia do Direito (direito antigo) (A. O.)</i>	808
CAPAGROSSI COLOGNESI, Luigi: <i>La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi. I: Età arcaica (A. O.)</i>	809
CASAVOLA, Franco: <i>Giuristi adrianei (A. O.)</i>	809
CASTRESANA, Amelia: <i>El préstamo marítimo griego y la «pecunia traiectica» romana (A. O.)</i>	810
CIANFEROTI, Giulio: <i>Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblistica italiana fra Ottocento e Novocento (B. Clavero)</i>	810
CIMMA, María Rosa: <i>Ricerche sulle società di publicani (A. O.)</i>	811
CORBINO, Alessandro: <i>Ricerche sulla configurazione oroginaria delle servitú (A. O.)</i>	812
CORONAS GONZÁLEZ, Santos M.: <i>La Audiencia y Chancillería de Ciudad Real (1494-1505) (Carlos Prieto González)</i>	812
FATAS, Guillermo: <i>Tabula Conrebiensis (A. O.)</i>	813
FOTI TALAMANCA, Giuliana: <i>Ricerche sul processo nell'Egitto greco-romano. II. Introduzione del giudizio (A. O.)</i>	814
GIMÉNEZ-GANDELA, Teresa: <i>El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal (A. O.)</i>	814
GUARINO, Antonio: <i>Diritto Privato Romano (A. O.)</i>	815
GUARINO, Antonio: <i>Mandatum credenti (A. O.)</i>	816
HAMILTON B.: <i>The Latin Church in the Crusader States. The secular Church (Antonio García y García)</i>	816
HERVADA, J., y ZUMAQUERO, J. M.: <i>Textos constitucionales españoles (1808-1978) (S. R.)</i>	817
ILARI, Virgilio: <i>L'interpretazione storica del diritto di guerra romano fra tradizione romanistica e giusnaturalismo (A. O.)</i>	817
JUNYET I SUBIRA, Eduard: <i>Diplomatari de la Catedral de Vic. Segles IX-X (J. F. R.)</i>	817
LEVY, Ernst.: <i>Pauli Sententiae. Palingenesia de los primeros títulos modelo para la investigación del Derecho romano vulgar de Occidente (A. O.)</i>	818
MAÑANES, Tomás: <i>El Bierzo prerromano y romano (Gonzalo Martínez Díez, S. I)</i>	819
MECACCI, E.: <i>La Biblioteca di Ludocivo Petrucciano, docente di diritto a Siena nel Quattrocento (Antonio García y García)</i>	820
MINNUCCI, G.: <i>Le lauree dello Studio Senese alla fine del secolo XV (Antonio García y García)</i>	821
MOLINA, Luis de: <i>La teoría del justo precio (Antonio García y García)</i>	822

	<i>Páginas</i>
NOLASCO DEL LLANO, Pedro: <i>Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las 83 Leyes de Toro</i> (Gonzalo Martínez, S. J.)	823
RASTAETERR, Jürgen: <i>Marcelli Notae ad Iuliani Digesta</i> (A. O.) .	824
<i>Recopilación de las Leyes destos Reynos hecha por mandado de la Magestad Católica del rey don Felipe Segundo</i> (Gonzalo Martínez Díez, S. I.)	824
RODRÍGUEZ-NEILA, Juan Francisco: <i>Sociedad y administración local en la Bética romana</i> (A. O.)	824
SALINAS, Francisco: <i>Manual de Derecho Civil navarro</i> (A. O.)	825
SÁNCHEZ HERRERO, J.: <i>Cádiz, la ciudad medieval y cristiana</i> (Antonio García y García)	826
SANTOS, María José Azevedo: <i>O cartulario do Mosteiro de S. Paulo de Almaziva. Edição crítica</i> (Gonzalo Martínez Díez, S. I.) .	827
SERANGELI, Sandro: <i>Studi sulla revoca del testamento in diritto romano. Contributo alle studio delle forme testamentarie</i> (A. O.).	828
TORRENT, Armando: <i>Derecho Público Romano y sistema de Fuentes</i> (A. O.)	829
<i>Actas del V Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano en Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano V</i> .	829
COLLEGI NOTARIAL DE BARCELONA: <i>Estudis Històrics i Documents dels Arxius de Protocols VIII</i> (J. F. R.) . . .	836
COLLEGI NOTARIAL DE BARCELONA: <i>Estudis Històrics i Documents dels Arxius de Protocols IX</i> (J. F. R)	838
HACIENDA PÚBLICA ESPAÑOLA: <i>Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda. Madrid, núm. 69</i> (R. Gibert)	839
VARIOS: <i>Meletes archaion Hellenikon kai Hellenistikon dikaion. Escuela de Altos Estudios Políticos «Panteios»</i> (Armando Torrent)	843

Varia:

<i>Jubilación del profesor don José Maldonado</i>	847
<i>Profesores de Historia del Derecho, doctores «honoris causa» por las Universidades de León y Lisboa</i>	848
<i>V Jornadas de Estudios Canarias-América</i>	849
<i>Mesa redonda sobre «Alfonso X el Sabio»</i>	850
<i>IV Symposium de Historia de la Administración</i>	850
<i>Ultimas tesis doctorales de Historia del Derecho</i>	852
<i>Nuevo catedrático de Historia del Derecho</i>	855