

LA TRADICION MANUSCRITA DEL DIGESTO EN EL OCCIDENTE MEDIEVAL, A TRAVES DEL ESTUDIO DE LAS VARIANTES TEXTUALES

SUMARIO.—INTRODUCCIÓN. ABREVIATURAS. DISPOSICIÓN DEL TEXTO DE LAS VARIANTES. BIBLIOGRAFÍA. I: *Status Quaestionis*; estudio crítico. Hasta el año 1870 (editio maior de Th. Mommsen).—La crítica textual del Digesto desde 1529 con Gregorio Meltzer (Haloandro).—Henrik Brenkmann.—Friedrich Carl von Savigny. Desde el año 1870 (Autores).—Theodor Mommsen.—Hermann U. Kantorowicz.—Guido Mor.—Pietro Pescani.—Robert Rohle.—Juan Miquel. Desde el año 1870 (Problemas).—Siglo VI: Relatividad de la expresión texto Justiniano.—Siglo VI en adelante: Particularidad de la transmisión del Digesto: Oriente y Occidente.—Siglo IX: Valor, para la reconstitución del texto del Digesto del Manuscrito Berlin 269.—Siglo IX en adelante: partición del texto de la Vulgata del Digesto, tres puntos de vista.—Origen de la denominación de cada una de las partes del Digesto.—Momento cronológico en el que los autores ubican la partición.—Razones que pueden explicar la partición. II: *Digestum Vetus*.—Alteraciones que pueden tener valor de *error coniunctivus*.—Variantes entre el texto del Manuscrito Florentino y el texto coincidente en varios o en todos los representantes más antiguos de los testimonios Boloñeses. *Infortiatum*.—Alteraciones que pueden tener valor de *error coniunctivus*.—Variantes entre el texto del Manuscrito Florentino y el texto coincidente en varios o en todos los representantes más antiguos del texto de la Vulgata. *Digestum Novum*.—Alteraciones que pueden tener valor de *error coniunctivus*.—Variantes entre el texto del Manuscrito Florentino y el texto coincidente en varios o en todos los representantes más antiguos del texto de los testimonios Boloñeses. III: Unificación de toda la tradición del texto de la Vulgata en un testimonio común: Codex S'.—Trasposición que afecta a los títulos 3 y 4 del libro 23 del Digesto.—Trasposición que afec-

* Agradecemos la insustituible ayuda del director de este trabajo, al profesor Juan Miquel, agradecemos también las valiosas observaciones y sugerencias del profesor Gero Dolezalek, del Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte; queremos significar, además, nuestro agradecimiento al profesor Aquilino Iglesia, por sus interesantes sugerencias relativas a aspectos históricos de nuestro trabajo, insuficientemente tratados, y que, en la medida de lo posible, han intentado ser subsanados por la autora.

ta al libro 39 del Digesto. IV. Puntualización en torno al significado de la expresión Texto Justiniano.—Variantes en el propio Manuscrito Florentino.—Variantes en el propio Manuscrito Florentino de carácter particular.—Variantes entre el Manuscrito Florentino y el texto de los manuscritos de las Basílicas. V: Conclusiones. APÉNDICE: Manuscritos citados en este trabajo con bibliografía.

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL TEXTO DEL TRABAJO PARA CITAR MANUSCRITOS

F = *Codex Florentinus*, propiamente *Codex Laurentianus S(ine) N(umero)*.

F¹, F² = Para significar lecciones de mano de copista o de mano de corrector. (Vid. apéndice de este trabajo, p. 186)

N = Manuscrito Neapolitano, IV, 4.8. (Vid. apéndice de este trabajo, p. 188.)

R = Manuscrito Berlín lat. fol. 269 (Vid. apéndice, p. 190.)

Para el *Digestum Vetus*

P = Manuscrito París lat. 4450. (Vid. apéndice, p. 192.)

V = Manuscrito Vaticano vat. lat. 1406. (Vid. en apéndice, p. 193.)

L = Manuscrito Leipzig 873. (Vid. en apéndice, p. 193.)

U = Manuscrito Padua 941. (Vid. en apéndice, p. 193.)

T = Manuscrito Turín F II 14 (Vid. en apéndice, p. 193.)

Para el *Infortiatum*

W = Manuscrito Vaticano lat. 1407. (Vid. en apéndice, p. 194.)

K = Manuscrito Cambridge GC, 15/131. (Vid. en apéndice, p. 195.)

D = Manuscrito Berlín SB WEST, lat. fol. 268. (Vid. en apéndice, p. 195.)

I = Manuscrito Bamberg Jur. 14. (Vid. en apéndice, p. 195.)

Para el *Digestum Novum*

Q = Manuscrito París lat. 4454 (Vid. en apéndice, p. 197.)

X = Manuscrito París lat. 4455 (Vid. en apéndice, p. 198.)

Y = Manuscrito París lat. 4458 A. (Vid. en apéndice, p. 198.)

Z = Manuscrito Vaticano Palatino 754 (Vid. en apéndice, p. 198.)

M = Manuscrito Bamberg Jur. 17. (Vid. en apéndice, p. 199.)

O = Manuscrito Kaliningrado 10. (Vid. en apéndice, p. 199.)

C = Manuscrito Colladonianus. (Vid. en apéndice, p. 201.)

ABREVIATURAS UTILIZADAS PARA CITAR REVISTAS

AHDE = Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid).

ARCHIVIO GIURIDICO = Archivio Giuridico «Filippo Serafini» (Módena).

ASD = Annali di Storia del Diritto (Milán).

BIDR = Bulletino dell'Istituto di diritto romano (Milán).

IURA = Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico (Nápoles).

IUS COMMUNE = Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte; Frankfurt a.M.

LABEO = Labeo. Rassegna di diritto romano (Nápoles).

LQR = Law Quarterly Review (Londres).

RIDA = Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (Bruselas).

RSDI = Rivista di Storia del Diritto Italiano (Bologna).

SDHI = Studia et documenta historiae et iuris (Roma).

SZ = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanist. Abt., cuando no se dice nada. Si corresponde a la germanística o a la canónica se dirá expresamente.

TR = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis - Revue d'histoire du droit (Groningen, Bruselas), también The Legal History Review.

NOTA RELATIVA A LA DISPOSICION DEL TEXTO DE LAS VARIANTES TRATADAS EN ESTE TRABAJO

La disposición es distinta según se trate de errores que han sido o pueden considerarse *errores coniunctivi*, o las variantes —generalmente añadidos— que presentan los manuscritos de la Vulgata del Digesto a diferencia del Manuscrito Florentino.

— En el primer caso, y sólo para el Digestum vetus, la lección de F estará a la izquierda del folio, en primer lugar, con todas las letras en mayúsculas y sin espacios para separar las palabras; la línea inclinada significa final de línea en F; los puntos suspensivos significan omisión en los manuscritos de la Vulgata. La, o las lecciones de los testimonios de la Vulgata estarán también a la izquierda y en segundo lugar; las letras serán minúsculas y las palabras estarán separadas. A la altura de cada lección y en la derecha del folio, se citarán los testimonios a los que ésta corresponde.

— En el segundo caso, lecciones coincidentes en todos o la mayoría de manuscritos de la Vulgata, que no están en F, se encuentran copiadas después de la cita del texto correspondiente, y en cursiva el trozo de texto de la Vulgata que en F no se encuentra. En alguna ocasión, cuando el caso lo requiere, se han señalado expresamente la lección de F y la de la Vulgata.

— Al lado del fragmento del Digesto citado se encontrará siempre la localización del mismo en la *editio maior* de Th. Mommsen. Se expresará entre paréntesis, con las letras Mo., el número de la página correspondiente de dicha edición, y el número de la línea en esa página. Cuando se trate del volumen 2.º de la edición, el número de la línea llevará una raya horizontal encima.

BIBLIOGRAFIA

AGUSTÍN, ANTONIO, *Emendationum et Opintonum Libri IV*, puede consultarse en E. OTTO, *Thesaurus*, vol. 6.º, p. 14.

D'ABLAING, W. M., *Zur «Bibliothek der Glossatoren»*, en SZ 9 (1888).

ARCHI, GIAN GUALBERTO, *La Donazione*, Milano, 1960.

- *Giustiniano Legislatore*, Bologna, 1970.
- *Pauli Sententiarum*, Leiden, 1956.
- AMELOTTI, MARIO, *Appunti sulla compilazione giustiniana*, Turín, 1971.
- VAN DER BERGH, *Geminatio Taurelliana. A note on humanistic Philology and legal Scholarship*. Satura Feenstra, Friburgo, 1985.
- BRECKMANN, HENRIK, «*Historia Pandectarum*», *Trajecti ad Rhenum*, 1722.
- VAN DER BERGH y STOLTE, jr., «The unfinished Digest Edition of Henrik Brenkman». En *TR*, vol. XLV, año 1977.
- BORTOLUCCI, I., «*Index Verborum Graecorum quae in Institutionibus et Digestis occurrunt*». *Archivio Giuridico*, 1906.
- BATELLI, GIULIO, *Lezioni di Paleografia*. 3.ª edición. Citta del Vaticano 1949 (en anastática Modena, 1978).
- BLECUA, ALBERTO, *Manual de Crítica textual*. Editorial Castalia. Madrid, 1983.
- BOYE, A. J., «*Essai critique sur une "crux iuris". La Loi mater (D. 5, 2, 19) et le Papyrus de Heidelberg, 1272*». *RHD*, 1924.
- BONFANTE, FADDA, FERRINI, RICOBONO, SCIALOIA. *Digesta Iustiniani Augusti*. Roma, 1908-1931.
- BELLINI, PIERO, *Respublica sub Deo*. Florencia, 1981.
- BESTA, ENRICO, *L'Opera d'Irnerio*. Turín, 1896. Reimpresión marzo de 1980.
- BRETONE, MARIO, *Tecniche e Ideologie dei Giuristi Romani*. Nápoles, 1971.
- COING, HELMUT, *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte*. Munich, último volumen 1985.
- CUIACIO, J., *Observationum et emendationum*. París, 1556. En 1758 se vuelve a recoger en *Opera*, vol. 3.º
- CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, vol. I (Le fonti), Milán, 1954.
- CONRAT, MAX, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts im fruheren Mittelalter*, Leipzig, 1891, edición anastática Aalen, 1963, pp. 628 y ss.
- «Un foglio di un antico manoscritto del Digestum novum», *BIDR* 20 (1908).
- *Das Florentiner Rechtsbuch*. Reimpresión de la edición de Berlín, 1882. Scientia Verlag Aalen, 1969.
- CAPPELLI, ADRIANO, *Dizionario di Abreviature latine ed Italiane*. Milán, 1979 (anastática).
- CHASTAGNOL, ANDRÉ, *La fin du Monde Antique*. París, 1976.
- COWDREY, H. E. J., *The Age of Abbot Desiderius*. Clarendon Press, Oxford, 1983.
- COLLINET, PAUL, *La Genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*. París, 1952.
- Varios autores, *La Critica del Testo*. Atti del secondo congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto. Florencia 1971, 2 vols.
- CENCETTI, G., *Paleografia Latina*. Roma, 1978 (reproducción de la misma obra, Nápoles, 1954).

- DOLEZALEK, GERO, «Das Geheimnis der roten Zeichen. Ein Beitrag zur Paläographie juristischer Handschriften des zwölften Jahrhunderts», SZ 1983 (kanonische Abteilung).
- *Verzeichnis der Handschriften zum Römischen Recht bis 1600*. Gero Dolezalek, Frankfurt am Main, 1972, 4 vols.
- «Der Glossenapparat des Martinus Gosia zum Digestum Novum». SZ 84 (1967).
- *Nuove Tecniche per far luce sulle Fonti dal secolo VIII al secolo XV*. Publicado en I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado. Bellaterra, 1985.
- «Index manuscriptorum veterum Infortiati», *Ius commune* XI (1984).
- EBRARD, FRIEDRICH, *Digestenbande*, en *L'Europa e il Diritto Romano; Studi in memoria di Paolo Koschaker*. Milano, 1954
- «Die Entstehung des Corpus Iuris nach den acth Einführungsgesetzen des Kaisers Justinian». (Recensión de Max Kaser.) SZ 67 (1950).
- FLORES, CANDIDO, en *AHDE* (49), 1979, transcripción del Manuscrito 813, Colección Arnámagneana, de Copenhagen.
- *Epistolario de Antonio Agustín*, Salamanca, 1980.
- FREIXAS, JÚAN, «Una nota sobre la transactio». *AHDE* 49 (1979)
- FHURMANN, «Florentiner Digesten Handschrift», en *Festschrift Bischoff*, Stuttgart, 1975.
- FERRINI, CONTARDO y MERCATI, GIOVANNI, editores de *Τιπούχτος*, 5 vols., de los que sólo el primero (Libros I a XII) tiene versión latina. El resto sólo tiene la versión en griego, con remisiones a la Edición de las Basílicas, de HEIMBACH. Roma, 1914, último volumen en 1955.
- *Il Digesto*. Milano, 1893.
- FASOLI, GINA, *Per la Storia dell'Università di Bologna nel Medio Evo*. Bologna, 1970.
- GODOFREDO, DIONISIO y anotaciones de estudiosos posteriores. *Corpus Iuris Civilis Romani*. Lipsiae, 1740.
- GRADENWITZ, OTTO, «Libertatem imponere, Rescripte aut Papyrus». SZ 23 (1902), p. 458
- GUTIERREZ CUADRADO, JUAN. *Fuero de Ubeda* Valencia, 1979
- GRAFTON, ANTHONY, *Joseph Scaliger a Study in the History of classical Scholarship*, I, textual criticism and Exegesis. Clarendon Press, Oxford, 1983.
- GUALANDI, GIOVANNI, *Legislazione Imperiale e Giurisprudenza*. Milán, 1963
- HEIMBACH, *Basilicorum Libri LX*, 5 vols y 1 vol. Supplementum. Leipzig 1833 a 1846
- HUSCHKE, *Zur Pnadektenkritik* (1875).
- HEUMANN, H y SECKEL EMIL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts* Jena, 1907. Reimpresión Graz, 1971.
- HARLFINGER, DIETER, *Griechische Kodikologie und Textüberlieferung*. Darmstadt, 1980.
- KANTOROWICZ, H., «Über die Entstehung der Digesten Vulgata. Ergänzungen zu Mommsen». SZ 30, 1909, pp. 183 y ss y SZ 31, 1910, pp. 14 y ss.

- «III Kritische Studien», SZ 50 (1929).
- «Studien zum altitalienischen Strafprozess», publicado en 1923 en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 44.
- KENT, J. P. C., y otros, *Die Romische Munze* Himer Verlag, Munchen, 1973.
- KUNKEL, WOLFGANG, *Herkunft und Soziale Stellung der Romischen Juristen*. Weimar, 1952.
- KRUGER, PAUL, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Romischen Rechts*. Munich y Leipzig, 1912.
- LENEL, OTTO, *Paligenesia Iuris Civilis*. Leipzig, 1889.
- *Das Edictum Perpetuum*, 2.ª impresión de la 3.ª edición Leipzig, 1927. Anastática de Scientia Verlag, 1974.
- LOWE, E. A., *Il Codice Veronese di Gaio*. Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto. Verona, 1948, publicado en el vol. 1.º, p 5, Milano, 1953.
- *Codices Latino Antiquiores*.
- LACHMANN, CARL, *Gromatici veteres ex recensione*, 2 vols. Berlín, 1848-1852, en edición anastática a cargo de Bardi Editore
- LEGENDRE, PIERRE (Lille), «Recherches sur les commentaires préaccursiens I». *TR* 33 (1965)
- LIEBS, DETLEF, *Latinsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* Munchen, 1983
- LEVY, ERNST, *Pauli Sententiae* New York, 1945.
- MOMMSEN, THEODOR, *Digesta Iustiniani Augusti*. Berlín, 1870, 2 vols
- *Über die kritische Grundlage unseres Digestentextes*, en las *Gesammelte Schriften* (Juristische Schriften). Berlín, 1905.
- *Über Julians Digesten*, *Gesammelte Schriften*. Juristische Schriften, vol II. Berlín, 1905
- MORTREUIL, JEAN ANSELME BERNARD, *Histoire du Droit Byzantin*, Otto Zeller Verlag, Osnabruck, 1966 (reimpresión de la edición 1843-1846), 3 vols
- MAAS, PAUL, *Critica del testo*. Trad. italiana Edición Anastática. Firenze, 1980.
- MOR, CARLO GUIDO, *Il Digesto nell'età preimeriana e la formazione della «Vulgata»*. Publicado en 1934 En 1977 volvió a publicarse en los *Scritti di Storia Giuridica Altomedievale*
- MIQUEL, JUAN, *Caída de línea y «omissio ex homeoteleuto» como «errores conunctivi» en el «Stemma» del Digesto*. Publicado en I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado, Bellaterra, 1985.
- divieto
- «Mechanische Fehler in der Überlieferung der Digesten» SZ 80 (1963).
- «D 23, 5, 7. Zur Frage der mechanischen Varianten in den ältesten Digestenexemplaren» SZ 81 (1964)
- *Reflexiones en torno a una Paligenesia de las Basílicas* Anales de la Universidad de la Laguna, 1966.
- *Aenigma*. Lección inaugural del Curso 1975-1976 La Laguna, 1977

- MATEU IBARS, JOSEFINA, *Braquigrafía de Sumas*. Barcelona, 1984.
- MOSCHETTI, *Il fragmenti Veronesi del sec. IX delle Istituzioni di Giustiniano*, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto*, vol. I, Milán, 1953.
- MOR, CARLO GUIDO, *Scritti Giuridici Preirmeriani I y II*, Turín, 1980 (reimpresión, Milán, 1935).
- NABER, J. C., «De Pandectarum codicibus bononiensibus». *RSDI* (1934).
- NELSON, H. L. W., *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*. Leiden, 1981.
- PATETTA, FEDERICO, *Studi sulle Fonti giuridiche Medievali*. Turín, 1967. (Esta publicación reúne los trabajos más importantes de este autor y es muy posterior al mismo.) Torino, 1967.
- PALAZZINI FINETTI, L., *Storia de la Ricerca delle Interpolazioni nel Corpus Iuris Giustiniano*. Milano, 1953.
- PETERS, HANS, «Papiere zu Gottinger». *SZ* 33 (1911).
- PASQUALI, GEORGIO, *Storia della tradizione e Critica del testo*. 2.ª edición. Florencia, 1970.
- PANERO, RICARDO, «Collusio cum imaginario colono a venditore facta». *BIDR* XXIII (1981).
- PESET MARIANO, *Epistolario IV, Mayans y Nebot (1735-1742). Un jurista teórico y uno práctico*. Valencia, 1975.
- *Fuero de Ubeda*. Valencia, 1979.
- PFEIFFER, RUDOLF, *Historia de la Filología clásica*. 2 vols. Traducción al castellano, Madrid, 1981.
- PESCANI, PIETRO, «Florentina (Littera)». *Novissimo Digesto*. 1961.
- «Fragmentum Dositheanum». *Novissimo Digesto* (7). 1961
- «De Digestorum Archetypo». *Studi Betti* (III). 1961.
- «Sul divito di Giustiniano ai comentarii del Digesto». *LABEO* (7). 1961.
- «Ricostruzione testuale di un passo di Modestino nel Digesto a trav. fonti orientali». *BIDR* (vol. V). 1963.
- «La Litera Florentina e Bononiensis e la futura edizione del Digesto». *Anali Fac. Camerino* 32. 1966.
- «La posizione del R nella tradizione della Litera Bononiensis». *La Critica del Testo* 2. 1971.
- «La posizione del U 1406 nella ricostruzione della prima parte del Digesto». *Studi Grosso* (V). 1972.
- «Il piano del Digesto e la sua attuazione». *BIDR* (77). 1974.
- «Rec. a Stanogeric, en Gaius noster». *BIDR* XIX. 1977.
- «Ancora sui manoscritti del Digesto. La posizione del Vat. 1406 nel confronti e Parisinus 4450». *BIDR* (82). 1979.
- «Studi sul Digestum vetus». *BIDR* (84). 1981.
- «Origine delle Lezioni della Litera Bononiensis superiori a quelle della Litera Florentina». *BIDR* (85). 1982
- «La "Palingenesia" e gli antichi prudentes». *Studi Cesare Sanfilippo*, vol. IV. Milán, 1983

- RUSSO, *Tradizione manoscritta di leges romanae nei codici del secolo IX y X della Biblioteca Capitolare de Modena*. 1980.
- REYNOLDS, L. D., *Texts and Transmisi6n*. Clarendon Press, Oxford, 1983.
- RICCOBONO, SALVATORE, *Lineamenti della Storia del Fonti e delle Diritto Romano*. Milán, 1949
- RÖHLE, ROBERT, «Das Berliner Institutionen und Digesten frag Mo. lat. fol. n. 269». *BIDR* (71). 1968
- «Dig. editio maior und Theodor Mommsen». *BIDR* (73). 1970
- «Digest frag Casellanium. 2.º Mss. iurid. 100, 11». *SZ* (88) 1971.
- «P. S. 5. 5. 1: Überlieferungsgeschichte und textkritische Bemerkungen». *IURA*. 1975.
- «Die subscriptio des Index Florentinus». *SZ* (93). 1976.
- «Iulius Paulus» *Verlag Selbst* 1976
- «Die Vulgathandschriften der Gottinger Digestenausgabe» *LABEO*. 1976.
- «Relegare dotem». *SZ* (94). 1977.
- «Zum Wortlaut des Edikts "Quod publicanus rei ademerit"». *Revue d'Histoire du Droit* (XLVI). 1978:
- «Impraesentiarum». *SZ*. 1978.
- «Sabinus in adessorio». *BIDR* (82). 1979.
- «Zum Beispiel D. 22, 2, 6». *SDHI* (45). 1979.
- «Zur Rekonstruktion von D. 9, 3, 5, 1». *IURA* (30). 1979.
- «D. 49, 1, 21, 3 Populi traherentur?». *TR*. 1981.
- «Propior sobrino, propius sobrino in der Romischen Rechtsprache». *SZ* (98). 1981.
- «Recensió a la obra Henrik Brenkman (1618-1736)». *SZ* 100. 1983.
- «Textschichten und Interpolationem in D. 23, 5, 7, pr.». *SZ* 100. 1983.
- «Zum versio latina Burgundionis von D 27, 1, 8, pr. y 5, 1». *TR* (LI). 1983.
- «D. 12, 6, 67, 3 Parationes». *TR* (LIII). 1985.
- «Modestins lateinisches Pauluszitat in D. 27, 1, 6, 5 y 6». *LABEO*. 1986.
- SAVIGNY, F. C. von, *Geschichte des romischen Rechts im Mittelalter*. Para este trabajo se ha utilizado la traducci6n italiana a la 2.ª ed. alemana, en anastática, Roma, 1972, 3 vols.
- «Papiere zu Gottinger». En *Vermischte Schriften* 3 (1850).
- SPANGENBERG, ERNST, *Einleitung in das Romischjustinianeische Rechtsbuch* (publicada en anastática por Scientia Verlag Aalen, en 1970).
- SCHULZ, FRITZ, *Einführung in das Studium der Digesten*. Tubingen, 1916.
- «Ein Digestenfragment aus agypten aber kein "predigesto de legatis"». *SZ* 61 (1941).
- STOLTE, jr., «The unfinished Digest Edition of Henrik Brenkman». *TR* XLV (1977).
- SECKEL, EMIL, «Palaographie der Juristischen Handschriften des 12 bis 15 und der juristischen Drucke des 15 und 16 Jahrhunderts». En *SZ* 45 (1925).

- «Die Anfänge der europäischen Jurisprudenz im 11 und 12. Jahrhundert (unter Ausschluss der Kanonistik)». *SZ* 45 (1925).
- «Distinctiones Glossatorum. En *Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand Martitz*. Berlín, 1911.
- SCIALOIA, «Sulla L. 1, paragrafo 2, Digesto de Dolo Malo, 4. 3». En una comunicación presentada en el Congreso Internazionale di Scienze Storiche, Roma, 1903, publicado en sus *Studi Giuridici*, vol. II, p. 212.
- «La Reproduzione delle Pandette Fiorentine». *Studi Giuridici*. Roma, 1933.
- «Teodoro Mommsen». *Studi Giuridici*, vol. II.
- SPAGNESI, E., *Le Pandette di Giustiniano* Storia e fortuna della «Littera Florentina», Mostra di Codici e documenti 24 giugno-31 agosto 1983, Catalogo a cura. Olschki, Firenze, 1983.
- SEYMOUR DE RICCI, «Deux Nouveaux Papyrus Juridiques», en *Etudes d'Histoire Juridique offertes à Paul Frederic Girard*, vol. 1.º, París, 1912. pp. 273 y ss.
- SHELTEMA, H. J., y VAN DER WAL, N., *Basilicorum Libri LX*. Groningen, 1955 a 1965, 14 vols. -
- SELLA, PIETRO, «Tres partes». *RSDI*. 1934.
- SOUBIE, ANDRÉ, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste*. Tarbes, 1960.
- SANTALUCIA, BERNARDO, *L'Opera di Gaió «Ad Edictum Praetoris Urbani»*. Milano, 1975.
- SCHIMMELPFENG, THEODOR, *Hömmel Redivivus*. Kassel, 1859.
- SITZIA, FRANCESCO, *Le Rhopal*. Nápoles, 1984.
- TROJE, H. E., *Graeca Leguntur*. Colonia, 1971
- THOMPSON, E. M., *Paleografía griega e latina*. Ulrico Hoepli, 1940 (en anastática, Milán, 1977).
- VOLTERRA, EDOARDO, «Sulla D. 23, 2, 45, 6». *BIDR*. 1972.
- VAN DER WAL, N., «Encore une fois le P. Reinach». *TR*. 1983.
- VETULANI, «Manuscrito Leningrad BMG, lat. 1». *Studi in onore grosso*, vol. V.
- *Vocabularium Iurisprudentia Romanae*. Berlín, 1903-1939.
- VAN DER WOUW, «Zur textgeschichte des Infortiatum und zu seiner Glossierung durch die frühen Bologneses Glossatoren». *Ius Commune* 11 (1984).
- WIEACKER, FRANZ, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. (Traducción castellana a la edición de 1952), Madrid, 1957.
- WENGER, LEOPOLD, *Die Quellen des Römischen Rechts*. Viena, 1953.
- ZULUETA, F. de, «The Liber Pauperum of Vacarius». *Selden Society*. London, 1927.

INTRODUCCION

El título del presente trabajo intenta precisar al máximo su contenido: El estudio sobre la tradición manuscrita del Digesto

se limita al Occidente medieval, y se canaliza principalmente, a través del estudio de las variantes textuales. Ello supone primar el dato filológico sobre el dato histórico, aun siendo conscientes de que este último es tan o más importante que el primero. Así, es necesario conocer el nivel cultural de una sociedad determinada, para entender hasta qué punto y de qué manera fue capaz de asimilar una obra como el Digesto; concretamente, el resurgir cultural de la Europa occidental a finales del siglo XI, consecuencia de una nueva realidad que exigía un derecho elaborado, capaz de dar respuesta a sus conflictos, explica que en el proceso de transmisión de una obra jurídica de esa magnitud, puedan existir variantes de contenido dogmático. En cambio, una época estabilizada, en la que la previsión de la estructura social abarque la mayor parte de sus necesidades, no es apropiada para mirar el Digesto como algo revolucionario, sino que o lo admirará como un monumento a la cultura jurídica, o lo ignorará por ser incapaz de entenderlo. En cualquier caso, la modificación del texto transmitido, hecha voluntariamente, es mucho menos probable.

Hay que hacer especial hincapié en que el presente estudio se ha limitado a la tradición medieval del Digesto en Occidente, haciendo, por tanto, abstracción, de la tradición oriental. Ello no excluye que en el análisis de aquellas variantes que parecía lo exigían, se haya comprobado el texto y los escolios en las Basílicas. Para ello se ha utilizado la edición de Heimbach, y preferentemente la de Scheltemma, y en su defecto el *Τιτουχειτος*. No obstante, somos conscientes de que la lección de un manuscrito en la tradición latina, no puede ser opuesta, sin más, a la versión de una edición de la tradición griega, pues ésta, en definitiva, no es más que el resultado de un previo acto de selección por parte del editor. Como contraprestación, en ninguna ocasión se ha vertido un diagnóstico, fundamentado, exclusivamente, en fuentes griegas; siempre ha sido sólo un elemento más del juicio.

La estructura del trabajo está determinada por el método de investigación seguido; en primer lugar un apartado dedicado al *status quaestionis*, que hemos dividido en dos grandes subapartados: antes de la edición crítica de Theodor Mommsen, y desde Theodor Mommsen a los autores más recientes que han trabajado sobre el tema. En el segundo subapartado no sólo hemos comentado la opinión de los autores individualizadamente, sino que

también hemos particularizado el análisis de los problemas de mayor relevancia. Seguidamente, y una vez nos habíamos percatado de que la tripartición medieval del Digesto había sido un acontecimiento tan relevante, se ha sistematizado el trabajo de acuerdo con esa tripartición: Variantes en el Digestum Vetus, en el Infortiatum, en el Digestum Novum. Dentro de cada uno de estos apartados se ha hecho una doble distinción; primero aquellas variantes o anomalías que podían tener valor de *error coniunctivus*, es decir que podían manifestar dependencia entre los manuscritos del texto de la Vulgata del Digesto y el manuscrito Florentino. Segundo, aquellas variantes que consistían en una modificación o alteración sustancial entre el texto de los manuscritos del texto de la Vulgata y el texto del manuscrito Florentino. Así, con esta doble distinción, se ha desarrollado la segunda parte del trabajo, consiguiendo que el análisis de las variantes quedara resaltado por su situación en la tripartición del Digesto. No obstante quedaba un grupo de variantes cuya relevancia no estaba tanto en el lugar que ocupaban en el Digesto justiniano, sino que apuntaban a otras vertientes de la problemática de su tradición manuscrita. Con ellas se han abierto los dos últimos apartados del trabajo: uno dedicado al supuesto manuscrito, antecedente de la Vulgata, el Codex S(ecundus), y otro que se refiere a la delimitación de la expresión «texto justiniano».

En la selección de variantes no se ha intentado ser exhaustivo pero sí sistemático. Para ello se ha utilizado, principalmente, el aparato crítico de la edición de Theodor Mommsen, aunque a partir del cotejo directo con los microfilms de los manuscritos ha habido ocasión de descubrir variantes textuales, de entidad relevante, que no estaban señaladas en dicha edición. Así, por ejemplo, se ha podido analizar una trasposición considerable, en el libro 39, común a casi todos los representantes boloñeses del siglo XII, trasposición de la que no se tenía noticia hasta la elaboración de este trabajo. No obstante representa una limitación el haber utilizado sólo una edición crítica, cuando la de Haloandro o la de Gebauer-Spangenberg —que recoge las notas de Brencmann— hubieran podido representar una gran aportación. Pero esta última, a causa del sistema tipográfico utilizado, que no distingue lo que son lecciones de los manuscritos de la Vulgata, de

lo que son enmendaciones conjeturales de editores anteriores, resulta de una gran confusión.

En la selección de variantes hay dos importantes exclusiones: Las variantes en las inscripciones de los fragmentos, y las variantes en las negaciones. En el caso de las inscripciones es necesario considerar que esta primera parte del fragmento, hubo de tener muy distinta importancia en el devenir de la historia de la transmisión manuscrita del Digesto. Mientras duró la influencia de la autoridad de Justiniano, la inscripción era la única manera de aislar los pasajes del Digesto; además, todavía formaba parte de la cultura jurídica del Oriente romano, la personalidad de cada uno de los juristas clásicos y su distinta literatura jurídica. En cambio, en la segunda fase de la transmisión, la llamada fase boloñesa, el estudio del Digesto se centró exclusivamente en su contenido dogmático, intentando encontrar en él un sistema normativo, cerrado, útil, y aplicable a una realidad social en estado de revolución de sus estructuras básicas. Por ello la inscripción del pasaje pasa a un segundo o ulterior orden en cuanto al centro de interés de la época, cuya consecuencia más evidente es el proceso de pérdida de la inscripción, que puede apreciarse en los manuscritos, proceso al que sin duda contribuyó la práctica de las abreviaturas. Primero se pierde el número de libro, luego se abrevia el tipo de obra hasta que se pierde, a la vez el nombre del jurista sufre un cauteloso proceso de abreviación, para acabar con la simple inicial, inicial que más tarde se convertirá, en todos los casos, en una I de *Idem* que prácticamente sirve como elemento gráfico de separación de fragmentos. Esta breve explicación de un proceso tan complejo sirve para evidenciar: primero, que una variante en la transmisión textual de una inscripción, no puede tener la misma importancia que una variante en el desarrollo del fragmento; y segundo, que el método de averiguación del origen de la divergencia ha de ser distinto del utilizado para las demás variantes.

Las variantes en las negaciones están afectadas por un tipo de problemática distinta. Su origen puede deberse a error mecánico o a modificación voluntaria. Es fácil imaginar que a un copista se le pase por alto una negación, y que el corrector no lo perciba; también, la manera más fácil de cambiar el sentido total de un fragmento, consiste en omitir o añadir un *non*; de *potest* a *non po-*

test; de non potest a potest. En cualquier caso resulta evidente que el análisis del origen de una lección diversa en la negación, ha de partir de parámetros distintos que el análisis del origen del tipo de variantes más corrientes; además la elección de la mejor variante no tiene sentido sin el argumento dogmático que la apoye.

En aquellas variantes en que ha sido posible, también se ha aportado la lección del segundo manuscrito más antiguo del *Liber Pauperum*, ya que resulta un dato de extrema importancia el cotejo con un texto que en el año 1146 ya estaba alejado del principal centro occidental de elaboración jurisprudencial, que indudablemente era Bolonia.

1. EXPOSICION CRITICA DEL *STATUS QUAESTIONIS*

El primer apartado de este trabajo presenta las opiniones más relevantes en el tema que nos ocupa. Para ello se ha partido de dos grandes divisiones. 1) Autores anteriores a la edición crítica de Mommsen. 2) De la edición crítica de Mommsen a la actualidad. Tratamos el primer período en general, si bien matizamos con respecto a Brenkman y Savigny. El segundo período requiere una exposición más detallada, y así se inicia con un breve resumen de la tesis de cada uno de los autores —que juzgamos más representativos de la evolución del problema de la transmisión textual del Digesto— por orden cronológico: Mommsen, Kantorowicz, Mor, Pescani, Rohle y Miquel. Después se vuelve sobre la opinión de los autores citados, pero centradas sobre las cuestiones más importantes que rodean el tema. (Esta estructura comporta, lógicamente, una reiteración; no obstante, la clarificación resulta mayor.) Los problemas han sido ubicados cronológicamente según el siguiente esquema:

1.3.1. Siglo VI: Problema de la relatividad del vocablo texto justiniano.

1.3.2. Siglo VI en adelante: Particularidad de la tradición del Digesto por su doble transmisión, en Oriente y Occidente.

1.3.3. Siglo IX: Valor, para la reconstitución del texto del Digesto, del manuscrito Berlín 269 (R).

1.3.4. Siglo XI en adelante: Problema de la partición de la obra en la Vulgata del Digesto, enfocada desde tres puntos de vista:

— Origen de la denominación de cada una de las partes del Digesto.

— Momento cronológico en el que los autores sitúan la partición, cuestión íntimamente conectada con la procedencia que éstos le atribuyen.

— Razones que pueden explicar la partición.

1.1.1. La crítica textual del Digesto, desde 1529 con Gregorio Meltzer (Haloandro)

La primera edición crítica del Digesto aparece en la primera mitad del siglo XVI, publicada en Nuremberg entre 1529 y 1531. De ahí que se llame *editio Norica* o también *lectio mixta* por adoptar una posición ecléctica entre las variantes del Manuscrito Florentino en relación a las del texto de la Vulgata. En opinión de muchos autores, Haloandro se sirve de correcciones de Policiano, en su edición del texto de F¹, edición esta última que, al decir de Van den Bergh y Stolte², tuvo consecuencias de tan largo alcance como la edición en 1516 del Nuevo Testamento griego.

Después de esta primera *lectio mixta*, los distintos estudiosos contemplan la tradición manuscrita del Digesto con variadas posturas sobre la dependencia o independencia de los manuscritos del texto de la Vulgata, del Manuscrito Florentino. Por un lado, Laelio y Francesco Torelli, y Antonio Agustín³ defienden la de-

¹ TH MOMMSEN, *Praefatio de la editio maior*, p. XV; L. PALAZZINI FINETTI, *Storia de la ricerca delle Interpolazioni*, Milano, 1953, p. 81 (en adelante sólo citaremos el nombre del autor), Vid H. E. TROJE, *Graeca Leguntur*, Köln, 1971, p. 26.

² VAN DEN BERGH y STOLTE jr., *The unfinished Digest Edition of Henrik Brenkman*, TR. XLV, año 1977, p. 228 (en adelante sólo se citará el nombre de los autores)

³ MOMMSEN en el *Praefatio a la maior*, XVI y ss, hace un breve *cursus honorum* de estos autores. En las notas comenta algún extracto del intercambio epistolar entre ellos, cuyo contenido resulta clarificador de su posición en este punto.

En cuanto a TORELLI hay que añadir que todos los autores hablan de LAELIO y FRANCESCO, como hermanos; de hecho en la cita de BRENMANN (*Historia Pandectarum*, p. 416), en un texto de LAELIO, éste se refiere a FRANCESCO con el término

pendencia directa o indirecta de todos los manuscritos Boloñeses del Manuscrito Florentino ⁴. Ambos filólogos fundamentan su posición en rasgos paleográficos (casi diríamos librarios) del Manuscrito Florentino, que dejan su huella en los manuscritos más antiguos del texto de la Vulgata: por ejemplo, la trasposición de la antepenúltima y penúltima hojas de F ⁵. La autoridad de estos humanistas y la evidencia de sus hallazgos ha presidido cualquier posterior estudio del texto de las Pandectas.

Esta opinión, que se caracteriza no sólo por defender la dependencia de los Manuscritos Boloñeses en relación a F, sino también por plantear la tradición manuscrita de manera unitaria para todo el Digesto, encuentra la oposición de Duarenus y de Cuyacio ⁶. Estos autores se basan en un estudio pormenorizado

germano Pero MOMMSEN (loc cit) sólo habla de LAELLO y dice que su edición de F de 1553 —la de LAELIO— lleva el nombre de «Francisci filii Florentiae» (Esta edición fue financiada por los Medici). En todo caso la edición de TORELLI de F ha sido paradigma de posteriores, incluso BRECKMANN intentó utilizar para la suya el sistema de «geminaciones» Para TROJE, son padre e hijo, *Graeca Leguntur*, p 43 Aquí puede encontrarse un breve y crítico estudio de esta edición de F

En cuanto a ANTONIO AGUSTÍN, discípulo de ALCIATO, queremos resaltar que entre la más reciente bibliografía sobre este gran filólogo, CÁNDIDO FLORES, en *AHDE* (49), 1979, en la p 625, ha transcrito el manuscrito 813, Colección Arnaimagneana, de Copenhague, en donde se reflejan los propósitos de ANTONIO AGUSTÍN al preparar la obra *Nominibus Pandectarum*. En 1980 (Ed Universidad de Salamanca), CÁNDIDO FLORES ha publicado *Epistolario de Antonio Agustín*, en donde pueden encontrarse la transcripción de un número considerable de misivas, seguido de un completísimo índice de nombres, lugares, fechas y temas En cuanto a la obra más importante de ANTONIO AGUSTÍN, indudablemente es *Emendationum et opinionum Libri IV*, Venecia, 1543, recogida después por E OTTO, *Thesaurus*, vol IV, pp. 1429 y ss.

⁴ F. C VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. Para este trabajo se ha utilizado la traducción italiana a la 2ª ed alemana, en anastática, Roma, 1972 (en adelante sólo se citará SAVIGNY). Vol I, p. 682 «Secondo la opinione piu esclusiva (che é quella del Torelli), tutti i manoscritti derivano mediamente o immediatamente dal solo fiorentino, dal quale non si dispartono se non se per errore o per male fondata congettura, così che, da essi in fuori, non avvi altra legitima ed autentica fonte»

⁵ MOMMSEN, *Praefatio*, p LXVI

⁶ Vid. BRECKMANN, *Historia Pandectarum*, Traiecti ad Rhenum, 1722 (en adelante BRECKMANN, *Historia Pandectarum*), pp 422-424; SAVIGNY, p 682, En 1730 (HALLE) GRONOVIVS publicaría la *Historia Pandectarum Authentica*, contestando algunas de las afirmaciones de BRECKMANN

de añadidos, frases con apariencia de auténticas que se encuentran en los Manuscritos Boloñeses y, sin embargo, no aparecen en el Florentino. En efecto, la base de su tesis es, precisamente, el argumento de que muchos de estos añadidos —por otra parte muy numerosos—, desde el punto de vista filológico y dogmático, son indiscutiblemente auténticos, incluso en ocasiones imprescindibles, para reconstruir el texto justiniano. El propio Cuyacio, en las *Observaciones* (libro III, cap. 27, *in fine*) dice «*ut scriptum est in Pandectiis Florentinis, quas ego semper sequor, nisi si quid contra admoneo*».

Contius (Antoine Lecomte), en su obra más conocida ⁷, adopta una posición intermedia. *Digestum vetus e Infortiatum* hasta *Tres Partes*, derivan de fuentes diversas del testimonio Florentino, pues los manuscritos del texto de la Vulgata tienen lecciones diversas y mejores que en F, mientras que *Tres Partes* y *Digestum novum*, dependerán directamente de F. De esta opinión creemos que hay que retener un dato positivo; Contius es el primero que trata la tradición manuscrita del Digesto separadamente ⁸.

La época de los humanistas, en lo que se refiere al trabajo sobre el texto del Digesto, se cierra con la edición de Dionisio Godofredo, en Lyon (1583), aceptada de buen grado por todos los estudiosos y que puede calificarse como ecléctica: adopta, en las lecciones problemáticas, ora la lección de F, ora la variante Boloñesa, en un intento de reunir toda la tradición anterior. El tema no quedaba cerrado por ello: Simon van Leuwen (en 1663) y Freisleben (en 1721) ⁹ publicaron sus versiones sobre el texto del Digesto, sin aportar ninguna novedad al problema que nos ocupa.

⁷ *Disputationis Iuris Civilis* (1567), París Hemos visto la cita en SAVIGNY, *Storia .., op cit.*, vol I, p. 683 con notas e) y t)

⁸ D'ASTI en el siglo XVIII (1720), dirá que el texto de la Vulgata sólo depende directamente de F en el título 17 del libro 50 También vemos esta cita en la *Storia* de SAVIGNY Suponemos que D'ASTI hace esta afirmación en su obra *Dell'uso e dell'autorità della region civile nelle provincie occidentali dell'Imperio*.

⁹ VAN DEN BERGH y STOLTE, jr., p 229, vid. en TROJE, *Graeca*, pp 47 y ss. un resumen del tema

1.1.2. Henrik Brenkman (1681-1736) ¹⁰

El proyecto que este gran estudioso pensaba llevar a cabo, descrito en su *Historia pandectarum...* ¹¹, era demasiado ambicioso. No hay duda de que, de haberse realizado, los estudios romanistas posteriores hubieran sido diferentes. Brenkman (aparte de introducir su edición con tres tratados previos sobre las características de la Florentina) pretendía formar el aparato crítico a base de: 1) Mención exacta de la lección del Manuscrito Florentino. 2) Mención exacta de la lección de otros manuscritos que muestren variaciones, entre los que cita los códices Vaticanos (A. Vaticanos, B. Palatinos, Christianae S. Principis, Barberianos, Otobonia y de la Santa Cruz), un código de Trevisan, varios de Turín, los Bynkershoekianos (que son los de la Universidad de Leyden) ¹². 3) Varias lecciones de diversos editores del Digesto con las notas de éstos. 4) Otras cuestiones principales que estén en las ediciones. 5) Resúmenes y escolios griegos. 6) *Emendaciones* tanto antiguas como nuevas. Esto no pudo llevarse a cabo y todas

¹⁰ En relación a este gran estudioso, producto de la época más floreciente, en cuanto a los estudios de Derecho Romano se refiere, de la Escuela Holandesa (Dutch Elegant School), pueden verse, entre otros MOMMSEN, Praefatio XVIII; PALAZZINI FINETTI, p. 245, y VAN DEN BERGH y STOLTE jr, p. 230. En esta última aportación sobre el autor, puede apreciarse la intensidad del trabajo que BRENMANN llevó a cabo y el ámbito de su proyecto de edición del Digesto; su obra más famosa *Historia Pandectarum*, es muestra de la minuciosidad en la labor preparatoria de esa edición. En La Haya, en donde parece había ejercido la profesión forense, fue colega de BIJKERSHOEK, con cuyo nombre BRENMANN calificó un manuscrito del *Digestum vetus* y otro del Codex y las Pandectas (*Historia Pandectarum*, p. 289). BIJKERSHOEK fue el destinatario, por expresa disposición de BRENMANN, de las cajas que contenían todos sus «papeles», guardados ahora en 24 vols. BERNHARD H. STOLTE jr, ha publicado una monografía sobre BRENMANN, en Groningen (Holanda), año 1981. No nos ha sido posible consultarla. No obstante sí hemos podido leer una interesante recensión a la misma de R. RÖHLE, en SZ 100 (1983), pp. 735 y ss.

¹¹ P. 400.

¹² Cf. ROBERT RÖHLE, *Die Vulgathandschriften der Gottinger Digestenausgabe*. LABEO, 1976, p. 164. El código Trevisan aún no se ha podido identificar. Se sabe que el manuscrito perteneció a un tal Bernardo Trevisan (1652-1720), cf. VAN DEN BERGH y STOLTE jr., p. 248, nota 89.

las notas que ya había tomado en relación a este plan, durante veintisiete años de trabajo, han seguido el itinerario comentado en el trabajo de Van den Bergh y Stolte Jr.¹³

¿Cuál era la teoría de Brenkman sobre la tradición manuscrita del Digesto? En opinión de los últimos estudiosos que han revisado sus «papeles», Stolte y Van den Bergh, Brenkman no había tomado una decisión definitiva, sobre la dependencia o independencia de los testimonios del texto de la Vulgata en relación al Manuscrito Florentino¹⁴. Para Savigny¹⁵, sin embargo, Brenkman tiene una opinión intermedia; dice que en el principio de la obra (*Dig. vetus*) sigue al Manuscrito Florentino (exactamente a Torelli), mientras que después, extrañamente, cambia de opinión. El propio Savigny, interpretando la tesis de Brenkman, dice que éste tuvo que proponer la existencia de pequeños fragmentos, separados entre sí, que fueron modelo de los Boloñeses. Y ello para superar el problema que representaban los muchos «suplementos auténticos» del texto de la Vulgata que no existían en F. Para el intérprete, el problema de esta teoría está en la manera en que estos pequeños fragmentos integraron una obra unitaria.

Por nuestra parte, creemos que la opinión de Brenkman queda más en el nivel de la duda que en el de la proposición que Savigny expresa.

¹³ STOLTE JR. dice que según se desprende de las notas de BRENKMAN, la pretensión era todavía más extensa. (Comprobar en este trabajo el contenido de la edición del título 2 del libro 9.)

En cuanto a sus papeles o notas, después de que Gebauer preparara una edición que se publicó en 1776 bajo la dirección de Spangenberg, conteniendo sólo el Digesto, este último en 1817 publica *Einleitung in das Romischjustinianische Rechtsbuch*, (publicada en anastática por Scientia Verlag Aalen, en 1970), en donde se recogen muchas notas de BRENKMAN. Esta obra tiene incluso un capítulo especial, en p. 610, dedicado a opiniones de BRENKMAN en relación a palabras de rúbricas del Digesto, y a variantes en lecciones concretas del texto SAVIGNY y HANS PETERS han revisado sus manuscritos, las publicaciones de ambos, en *Vermischte Schriften*, 3 (1850), y en *SZ* 33 (1911), respectivamente no contienen casi ninguna valoración, sino que se limitan a relacionar la documentación. Hay que decir que PETERS se detiene en algún punto mientras que SAVIGNY no lo hace en ninguno.

¹⁴ VAN DEN BERGH y STOLTE jr, p. 237.

¹⁵ SAVIGNY, vol 1, p. 683.

Aunque en la *Epistula a Hesselium* haya una declaración expresa en este sentido ¹⁶, en ocasiones, se encuentran en sus notas diversas lecciones recogidas, y ninguna decisión tomada. Él mismo ¹⁷ dice *adeo in multis diffusa est inquisitio, adeo etiam intricata et difficilia interdum occurrunt, ut vel pos attentum examen longamque deliberationem pronunciandum sit, Non liquere*. Además, no hay que olvidar que intenta buscar una explicación a la trasposición del título 17, libro 50, distinta de la de Torelli. Y dado que esta variante es una de las más sólidas para la teoría de la dependencia, podemos entrever que nuestro autor quería apoyar la teoría contraria.

A Brenkman se le podrá objetar falta de método. Por un lado, no toma una decisión previa sobre el «stemma» de la tradición manuscrita del Digesto ¹⁸, error que se manifiesta en la ya subrayada indecisión y, por otro, el sistema de edición que quería utilizar era complicado y hubiera llevado a una gran confusión: Para indicar la lección de F en aquellos casos que estaba corregida por F², había adoptado el mismo sistema de «geminaciones» de la edición de Torelli, a pesar de que en su propia época este sistema estaba ya totalmente desprestigiado ¹⁹. Para indicar la lección alternativa, y de acuerdo con su especial idea de *Vulgata*, añade a esas lecciones la palabra *vulg* y *Br*, pero sin especificar en ocasiones en cuántos manuscritos, y en cuáles, había encontrado esa alternativa.

No obstante, Brenkman ha pasado a la historia, con toda justicia, como el gran científico de la inacabada edición del Digesto.

¹⁶ SAVIGNY, vol 1, p. 683, nota k, y en VAN DEN BERGH y STOLTE jr, p 230, nota 7

¹⁷ Vid. *Historia Pandectarum*, p 402, 2º párrafo

¹⁸ En *Epistola ad Hesselium* de 1753 (cit por SAVIGNY) BRENKMANN dice que los manuscritos boloñeses que ahora muestran la trasposición no la tuvieron originariamente, sino que a la vista de F alteraron su disposición. De todas maneras esta afirmación debería fundamentarse en alguna huella en los propios manuscritos, que no existe.

¹⁹ Vid. en SATURA, *Feenstra*, (1985), Friburgo, un trabajo de G. G. J. VAN DEN BERGH, *Geminatio Taurelliana, A note on humanistic Philology and Legal Scholarship*

1.1.3. Friedrich Carl von Savigny

Savigny, en 1824, publica su monumental obra sobre la historia del Derecho Romano en la Edad Media. Diez años más tarde, en 1834, sale una segunda edición considerablemente ampliada. Entre los muchos problemas que una obra de esta magnitud tiene que abordar está el que plantea la tradición manuscrita del Digesto.

Savigny plantea el problema de manera unitaria, de modo que sus conclusiones valen para todo el Digesto. Discurriendo por estos cauces, supone que el texto con el que empieza a trabajar la escuela de los Glosadores deriva de un antiquísimo manuscrito original, llamado *litera vetus o comunis*. Este manuscrito sería independiente del Florentino, y lo que es más importante, de acceso mucho más fácil que el citado Florentino (también llamado Pisano). Éste, aunque fuera conocido por estudiosos coetáneos y posteriores a Irnerio, resultaba de acceso más difícil que este *Codex* anterior, la *litera vetus o comunis*²⁰. Nuestro autor prefiere el nombre de «texto boloñés»²¹ para designar la recensión que resulta del trabajo de la escuela de Glosadores, al constituir un Digesto nuevo, surgido de la libre selección de variantes entre estos dos testimonios. Llegará a decir que aunque en Bolonia se reputaba como mejor y más auténtico el texto de la *litera Pisana*, éste, dadas las dificultades de acceder a él, hubo de tener menos influencia en la constitución del texto Boloñés.

En definitiva, para Savigny la constitución del texto de la *Vulgata* tiene un término *a quo* y un término *ad quem*, que corresponden al tiempo de Irnerio con el que florece el estudio del Digesto

²⁰ En los manuscritos boloñeses más antiguos hay anotaciones marginales para significar variantes en el texto. En ellas puede apreciarse en ocasiones la cita de su origen, a saber *Pisana* (Py); *Litera comunis*. Ver en el vol III de SAVIGNY al comentar las variantes del Digesto anotadas por los glosadores.

²¹ Exactamente en la p. 690 del vol I, epígrafe 168, dice que el vocablo *Vulgata* le parece menos preciso que el de texto boloñés. De todas maneras a lo largo de su obra se encuentra con mucha frecuencia la palabra *Vulgata*. En otro orden de cosas, el nombre de *litera Bononiensis* se encuentra utilizada ya por Vacarius, en la mitad del siglo XII.

en la Escuela, y al de Acursio, cuya glosa indica, sin lugar a dudas, un texto estabilizado. Durante este tiempo no puede hablarse de un texto rígido e inmóvil, casi diríamos petrificado, sino que se trata de un texto que se va haciendo.

De acuerdo con su teoría, Savigny propone que para averiguar la autenticidad de un texto, hay que trabajar caso por caso, confrontándolo en lo posible con escritos de los juristas que puedan haberse conservado, con escolios bizantinos o con las *Basílicas*, o con fragmentos conservados del Digesto, anteriores al texto Boloñés. El mismo ofrece una relación de variantes que supone auténticas, otra relación de variantes que considera espúreas, y otra relación que considera dudosas. Por supuesto, no explica en virtud de qué método toma en consideración unos añadidos, y otros, en cambio, no. Curiosamente, al descartar las teorías que arrancan de una dependencia directa del texto de la Vulgata del Manuscrito Florentino, cita los argumentos básicos de sus defensores²² y exceptuando la trasposición de las dos últimas hojas del Manuscrito Florentino (D. 50, 17, 110 a 200), para la que ofrece una explicación distinta²³. En todos los otros casos dice que no prueban la exclusiva derivación del Manuscrito Florentino, pues pueden haber tenido su origen en otro manuscrito más antiguo²⁴.

En definitiva, creemos que la opinión de Savigny representa una gran aportación para nuestro tema²⁵. Su proposición de un

²² Trasposición de los títulos 8 y 9 del libro 37, y el añadido en F, que luego entra descolocado en todas las Vulgatas, correspondiente a D. 38,7,1. Vid en este mismo trabajo, págs. 086 y 088 respectivamente.

²³ La explicación que da a esta trasposición, siguiendo a Grandi está en consonancia con su teoría sobre la *littera Boloñesa*. Según SAVIGNY al encontrarse los profesores de la Escuela con dos distribuciones distintas, y dado que esto les debía resultar incómodo para impartir sus clases, eligieron la disposición del manuscrito Pisano, que era el que mejor consideraban. Fundamenta su hipótesis en el hecho de que en los diversos manuscritos hay diferencias en los límites de la trasposición, por ejemplo la lex 158, límite intermedio de la trasposición, está antes que la lex 117 en algunos manuscritos, y en otros después. SAVIGNY afirma que esta trasposición se encuentra en 26 manuscritos cotejados por él personalmente, y en los 24 cotejados por BRENNMANN para este caso. Vid en este mismo trabajo, pág. 123.

²⁴ Debería haber dicho también que este otro manuscrito puede ser coetáneo, pues no existe ningún inconveniente para ello.

²⁵ Aunque MOMMSEN no lo cite en el *Praefatio*, entre los *quinque viri docti*, XV.

texto inestable, que se va constituyendo en estilicidio por una libre selección de variantes hasta estabilizarse definitivamente, supera la posición de los estudiosos anteriores. Para la reconstitución del texto original de la obra es una idea práctica, dado que legitima cualquier elección en el momento de elegir entre variantes, y por tanto traslada la responsabilidad de la decisión. Para Savigny, el editor del Digesto no decidirá según un *stemma* preestablecido, sino que en cada caso deberá aplicarse con criterios filológicos, dogmáticos, comparando en lo posible con otros textos, para tomar una lección con preferencia a las alternativas.

1.2.1. Theodor Mommsen ²⁶

La aportación de Mommsen al estudio de la tradición manuscrita del Digesto ha sido determinante. Su edición crítica, cien años más tarde, no ha sido reemplazada ²⁷.

El Mommsen editor del Digesto está impregnado de la impronta que había dejado Lachmann, en 1850, para toda la ciencia de la crítica textual ²⁸. El Derecho Romano, al igual que las otras ra-

²⁶ Para detalles en relación a su completa obra científica, vid Scritti Giuridici Scialoja, tomo 2, p. 218.

²⁷ Nos referimos por supuesto a la llamada «editio maior» (Berlin, 1868 y 1870). No creemos que la posterior edición italiana de (1931) FERRINI, BONFANTE, RICÓBONO, etc. la haya reemplazado. Prueba de ello es que en los trabajos de actualidad se continúa citando la edición de 1870.

²⁸ Nos referimos al comentario a la obra de Lucrecio, en donde LACHMANN explica que es posible reconducir los testimonios de una misma obra a un ejemplar ya desfigurado por lagunas y errores, pero más cercano al ejemplar original. Para reconstituir el texto será elemento determinante la coincidencia o divergencia de los diversos testimonios en la variante de que se trate, pues en cuanto coincidan mostrarán la lección de ese ejemplar ya desfigurado, y, por tanto, la más probablemente auténtica. A este ejemplar ya desfigurado por lagunas es al que LACHMANN llama «arquetipo». Paul MAAS y Giorgio PASQUALI matizarán y ayudarán a entender la idea, y, sobre todo, clarificarán lo que el propio LACHMANN ya tenía en cuenta al editar el Nuevo Testamento griego. La hipótesis del arquetipo solo es aplicable para la tradición no contaminada; cuando los distintos testimonios sufren filtraciones de otras ramas de la tradición no puede aplicarse la hipótesis del

mas del saber que se nutren principalmente de los datos que aportan las fuentes manuscritas, se sometieron a una revisión, fundamentada en los resultados del enfoque *Lachmanniano* al estudio de los textos antiguos. Incluso hay quien ha hablado de «tirantización del método del arquetipo».

La hipótesis de Mommsen sobre la tradición manuscrita del Digesto está expuesta en el *Praefatio* a la *editio maior*²⁹. Torelli y Antonio Agustín serán los inspiradores de nuestro autor, y los descubridores de *errores coniunctivi* entre lecciones de los manuscritos del texto de la Vulgata y del Manuscrito Florentino, errores en los que Mommsen va a fundamentar su teoría³⁰. Nuestro autor, en línea de la dependencia entre los testimonios altomedievales y el ejemplar Florentino, propone un ejemplar intermedio del que dependerán todos los manuscritos del texto de la Vulga-

arquetipo Vid PASQUALI prolongado a Paul MAAS y citandolo expresamente en, *Critica del testo*, edición anastática de la traducción al italiano de la 2ª edición alemana Firenze 1980, p. VIII «Contro la contaminazione non è stato ancora scoperto un rimedio». La idea de la conexión del estudio filológico de MOMMSEN con los avances de LACHMANN, se encuentra ya muy bien expuesta en el trabajo de MIGUEL, *Mechanische Fehler*, SZ, 1961, p. 234.

²⁹ El *Praefatio* empieza con observaciones sobre la recopilación justiniana, en el Digesto. Continúa con el examen del Codex Florentinus al que le dedica un minucioso estudio (aunque quienes examinaron F para MOMMSEN fueron KIESLING y REIFFERSCHIED) En lo relativo F la sistemática de presentación es absolutamente paralela a la de BRENNMANN en su *Historia Pandectarum*. Luego estudia los testimonios del Digesto, desde Justiniano hasta Bolonia, con inclusión de la tradición griega, para acabar la primera parte de este *Praefatio* con un breve examen de las obras coetáneas o inmediatamente posteriores a Irnerio. En la segunda parte va presentando sistemáticamente su interpretación sobre los datos que aporta la tradición. MOMMSEN tiene también un trabajo preparatorio de la edición publicado en 1862, *Über die kritische Grundlage unserer Digestentexten* (se encuentra en *Juristische Schriften von Th. Mommsen*, tomo II, Berlin, 1905), en donde curiosamente toma decisiones sobre la autenticidad o no de añadidos a la Vulgata que después variará en su edición. Para una hipercrítica a MOMMSEN sobre la técnica de la edición vid R. RÖHLE, «Digestorum editio maior und Th. Mommsen» publicado en *BIDR*, 73, año 1970, p. 19.

³⁰ Para el concepto de *errores coniunctivi*, vid Paul MAAS, *op. cit.*, p. 53 KANTOROWICZ, «Über die Entstehung der Digestenvulgata», SZ, 1909, p. 213, comenta que MOMMSEN no ha multiplicado los ejemplos que prueban la dependencia del texto de la Vulgata en relación a F

ta, directamente o a través de otro manuscrito intermedio. A este ejemplar le llama *Codex Secundus* (S)³¹, y en él concreta la *tri* o *quatri*-partición de los Manuscritos Boloñeses.

El ejemplo más importante en el que fundamentará su proposición sobre la unidad originaria de todos los manuscritos del texto de la Vulgata en ejemplar distinto de F es, sin lugar a dudas, la trasposición del libro 23³². Ésta consiste en que los manuscritos más antiguos del texto de la Vulgata tienen, de primera mano un trozo de texto considerable, dispuesto en orden distinto del que se encuentra en F (una segunda mano, ya sea de corrector o ya sea posterior, ha corregido de acuerdo con la disposición de F). De esta trasposición, Mommsen también concluye que S necesariamente ha de ser distinto de F, dado que el texto de la trasposición no coincide con texto de folios enteros de F (y una trasposición de esta envergadura no puede explicarse de otra manera que por trasposición de folios enteros del manuscrito modelo)³³. A partir de errores de escritura en los ejemplares más antiguos del texto de la Vulgata, propone que este ejemplar S se hubiera escrito en minúscula lombarda de los siglos X u XI. Luego dice *quamquam codex hic non tam ipse Secundus videtur fuisse communis parens Bononiensium omnium quam inde descriptus*, es decir, no quiere entrar en la problemática de si las más antiguas Vulgatas se copiaron directamente de S, o hubo algún manuscrito intermedio. Propone que P, V y U se encuentren en un estrato de la tradición distinto del de L, pero manifiesta no querer entrar en

³¹ En buena técnica se debería designar con una letra griega, al tratarse de testimonio desaparecido: *Praefatio*, p LXIII y ss. En «Uber die kritische . . .», *op. cit.* MOMMSEN lo denomina como *Das Bologneser Urejmplar*. La razón del nombre Codex S (ecundus) nos la da SCHULZ «Einführung», *op. cit.*, p 7, nota 4. Codex Secundus se contrapone a Codex Primus, que es F.

³² Tiene otros ejemplos *Praefatio* LXIII, pero solo para el *Dig. vetus*; para *Infortiatum* y *Novum* solamente comenta que pueden encontrarse ejemplos iguales. Por supuesto, MOMMSEN ha dicho antes que la *tri* o *quatripartición* de los boloñeses es seguro indicio de origen común (La trasposición del libro 23 está comentada en este mismo trabajo, apartado III).

³³ Estamos en *Praefatio* LXV. Retenemos en este punto la constatación de MOMMSEN. Cada unidad de la trasposición que acoge el texto de uno de los folios traspuesto, recto y verso, corresponde a 130 ó 140 líneas de su *editio maior*.

esta cuestión, pues acaba por decir que no tiene ninguna utilidad, dado que se puede cotejar directamente con F³⁴.

Pero más adelante, Mommsen ha dicho, para S, *at negari non potest quibusdam locis bononienses solos verum proponere non coniectura inventum, sed propagatum ex archetypo antiquo et diverso a Florentino [...] sed tamen quibusdam locis ex bononiensibus illis emergant lectiones quaedam residuae ex archetypo secundo*³⁵. Comenta después las *verae emendationes bononiensium* para Vulgatas, apostillando *ut per universa digesta aequabiliter distributi sint*³⁶, diciendo que pueden ser debidas a conjetura o a caídas por homeoteleuto, pero que aceptara en texto las que estén protegidas por la tradición griega.

Nuestras objeciones al tratamiento que Mommsen hace de la tradición manuscrita del Digesto se concentran sólo en dos puntos. El primero es el relativo al tratamiento unitario, es decir, para toda la obra *Digesta*. La mayoría de «pruebas» que aporta en el *Praefatio* son del *Digestum vetus*, y cuando habla de testimonios Boloñeses sólo se refiere a los más antiguos de esta parte del Digesto, P, V, L y U. La «Tri» o «quatripartición» de la Vulgata se sitúa en el Codex S sin aportar ninguna explicación dogmática o paleográfica de la misma. En ningún lugar del *Praefatio* se vislumbra la posibilidad de una separación de la obra a lo largo de la tradición.

El otro punto que creemos puede comentarse no representa ninguna novedad. Muchos autores han achacado a Mommsen que su edición crítica del Digesto es más bien una edición del Manuscrito Florentino³⁷. Nosotros preferimos centrar nuestra crítica en el excesivo papel que el autor ha otorgado al texto de la tradición griega³⁸. No entendemos por qué, habiendo construido una teo-

³⁴ MIOUEN en el trabajo «Omissio ex homeoteleuto..», op. cit., en el *Stemma* y en la nota 14, propone que entre S por un lado y L y V, haya un modelo intermedio, al que llama c

³⁵ LXVIII.

³⁶ Aunque luego solo cite casos hasta el libro 34. Vid. *Praefatio* LXX.

³⁷ VAN DEN BERGH y STOLTE, op. cit. p. 229 dicen que MOMMSEN «condenó» todo el esfuerzo crítico hecho desde los *librarii* del siglo XIII hasta los editores del siglo XVI.

³⁸ Vid. KANTOROWICZ, op. cit., p. 213, nota 2. Un ejemplo muy claro es el de D. 23,5,7, trabajado de manera definitiva por MIOUEN en SZ, 81 (1964), p. 317

ría que le permitía acoger lecciones de diversos testimonios, y en todo caso sin traicionar su punto de partida, Mommsen fue tan estricto en acoger «añadidos» de los Manuscritos Boloñeses. Para Mommsen, el texto de las Basílicas (y en casos de ausencia el *τίπολόκειτος*) tenían facultad decisoria. En la segunda parte de este trabajo, al comentar los casos pormenorizadamente, tendremos ocasión de comentar algunos de ellos en los que el texto de la Vulgata era absolutamente imprescindible para el entendimiento del fragmento, y no está recogido en la edición por no encontrarse en la tradición griega.

1.2.2. Hermann U. Kantorowicz

En un extenso artículo publicado en 162 páginas, de dos volúmenes distintos de la Revista de Savigny, presenta toda la investigación realizada por él sobre nuestro tema ³⁹. Su opinión, encontrándose en la línea de la dependencia entre Manuscrito Florentino y Vulgatas, tiene apostillas —con sus propias palabras podríamos decir «Ergarzung»— que la diferencian notablemente de la propuesta de Mommsen cuarenta años antes. Fritz Schulz en 1916 resume ejemplarmente las teorías de ambos estudiosos, para adherirse, en lo esencial, a la opinión de Kantorowicz ⁴⁰.

R RÖHLE, en SZ, 100 (1983), p. 511 y ss. ha propuesto conclusiones distintas sobre este fragmento. El trabajo se llama «Textschichten und Interpolationen in D 23,5,7,pr.»

³⁹ «Über die Entstehung der Digesten Vulgata Ergänzungen zu Mommsen», SZ, 30 (1979), p. 183 y ss., y SZ, 31 (1910), p. 14 y ss. Algunos años más tarde publica otro gran trabajo, «Kritische Studien», SZ, 49 (1929), p. 55 y ss.

⁴⁰ *Einführung in das Studium der Digesten*, 17 primeras páginas. Cf. los respectivos Stemmatas en pp. 11 y 243 de sus trabajos. Llama la atención que en ninguno de los dos *stemmas* los testimonios están situados cronológicamente. Esto lleva, por ejemplo a SCHULZ, en la última de sus «Tesen», en las que quiere explicar sus juicios sobre la tradición de los manuscritos del texto de la Vulgata, dice que el «Digestenauszug», que corregirá al «Mutterhandschrift» del texto de la Vulgata, probablemente sea del tiempo Justiniano. En su *stemma* sitúa a este «Digestenauszug» paralelamente a F, cuando antes había dicho que F se debió escribir durante la «segunda mitad» del siglo VI en un centro cultural bizantino de Italia.

Kantorowicz al igual que Mommsen, unifica toda la tradición del texto de la Vulgata en un manuscrito anterior que también llamara S. Este derivará también del manuscrito Florentino. Ahora bien, a partir de esta constatación ambas proposiciones difieren absolutamente: para Kantorowicz, S no puede ser «hijo directo» de F en base a dos consideraciones⁴¹. Primera: la autoridad del manuscrito Florentino no hubiera permitido a un copista de la Alta Edad Media variar sus características externas, cambiando la disposición en tres partes cuando el manuscrito modelo estaba dividido en dos, y además equilibradas. Kantorowicz llega a apuntar la posibilidad de que este manuscrito intermedio, padre de S, se copiara de F en Italia, en el 1075. La segunda consideración estriba en decir que F mostraría alguna huella de la tripartición, si un modelo directo de él así se hubiera constituido.

Para Kantorowicz, S, que es un manuscrito concebido unitariamente pero dividido en tres partes por necesidades de la enseñanza de Bolonia, puede datarse alrededor del 1080, dado que manifiesta modificaciones en el texto del propio Irnerio. Como término *ad quem* propone el 1095 (al menos en lo que se refiere al *Dig. vetus* pues el texto de la *litera Bononiensis* se utiliza ya en el conjunto de Decretales Británicas, nacidas alrededor del 1095 desde el Decretum de Ivo de Chartres)⁴².

Nuestro autor para explicar las variantes del texto de la Vulgata en relación al texto Florentino, propone una transformación del Manuscrito S «umgestaltung» a base de: trabajo filológico de reconstitución idiomática, cotejo con textos paralelos de Instituciones, conjeturas en el propio Manuscrito S, introducción en el texto de los testimonios de la Vulgata de glosemas originados por glosas en el propio Codex S, y mejoras en S a partir de un extracto de las Pandectas⁴³.

No puede haber duda sobre la innovación más relevante de su

⁴¹ KANTOROWICZ, *op. cit.*, p. 218.

⁴² KANTOROWICZ, *op. cit.*, p. 217

⁴³ KANTOROWICZ, *op. cit.*, respectivamente en pp. 221, 222, 240, 243 y 223. Cada uno de estos puntos está ilustrado con ejemplos de todas partes del Digesto, comentados profusamente. El comentario del autor siempre es cauteloso, y en todo caso aporta pautas para distinguir unos tipos de correcciones de otros.

teoría. El Epitome de las Pandectas con el que S se corrigió ⁴⁴, por supuesto se asimila al *arquetipo antiquo* del que habla Mommsen. Sitúa este «Auszug» en la época de Justiniano, al igual que surgieron el Epitome Juliano de las Novelas y el Epitome Codicis, y fundamenta su proposición en que los añadidos de las Vulgatas, que se originaron en este Epitome, se acumulan localmente a lo largo de todo el Digesto.

Alabamos el trabajo de Kantorowicz que es modélico en precisión. Para cualquier aseveración se autoexige un alto nivel de probabilidad. No obstante creemos que ha olvidado plantearse la utilidad de un Epitome del Digesto en la época de Justiniano, existiendo las Instituciones, que cumplían perfectamente este papel. Incluso llegamos a pensar que el autor ha situado el Epitome en el siglo VI principalmente porque más tarde ya hubiera sido completamente absurdo ⁴⁵. Por otro lado el trabajo de Kantorowicz teniendo un riguroso planteamiento metodológico, puede resultar difícil en su entendimiento por la profusión de datos y de problemáticas que quiere introducir en cada punto. En ocasiones se hace difícil no perder la idea de unidad.

1.2.3. Guido Mor

Entre la extensísima producción de este autor se encuentra un trabajo dedicado especialmente a nuestro tema ⁴⁶, aparte de la referencia constante en su producción científica a la vigencia de la «lex romana» ⁴⁷ en la Italia alto-medieval. No es necesario hacer hincapié en el profundo conocimiento que de las fuentes posteriores a Justiniano tiene Mor. Sus publicaciones y ediciones de las mismas lo fundamentan suficientemente. La investigación sobre la formación del texto de la Vulgata que nos ofrece, tiene

⁴⁴ Especialmente en los siete libros ss 1, 8, 17, 28, 32, 36, 41 y 48

⁴⁵ El argumento es del profesor JUAN MIQUEL. «Caída de línea», *op cit*, p 220, n 13

⁴⁶ *Il Digesto nell'età preirmeriana e la formazione della «Vulgata»*, publicado en 1934. En 1977 volvió a publicarse en los *Scritti di Storia Giuridica Altomedievale*. En adelante citaremos este trabajo con la paginación de los *Scritti*.

⁴⁷ *op cit.*, p 212

una característica a destacar en primer lugar: el dato histórico adquiere una relevancia extraordinaria mientras que el puramente filológico pasa a un segundo plano. Esto le llevará a sacar conclusiones puramente intuitivas —y desde este trabajo admiramos la gran intuición histórica de nuestro autor— que deberían haberse confirmado con la metodología apropiada al objeto de investigación, es decir con la técnica de la crítica del texto.

Un ejemplo ilustrará esta afirmación:

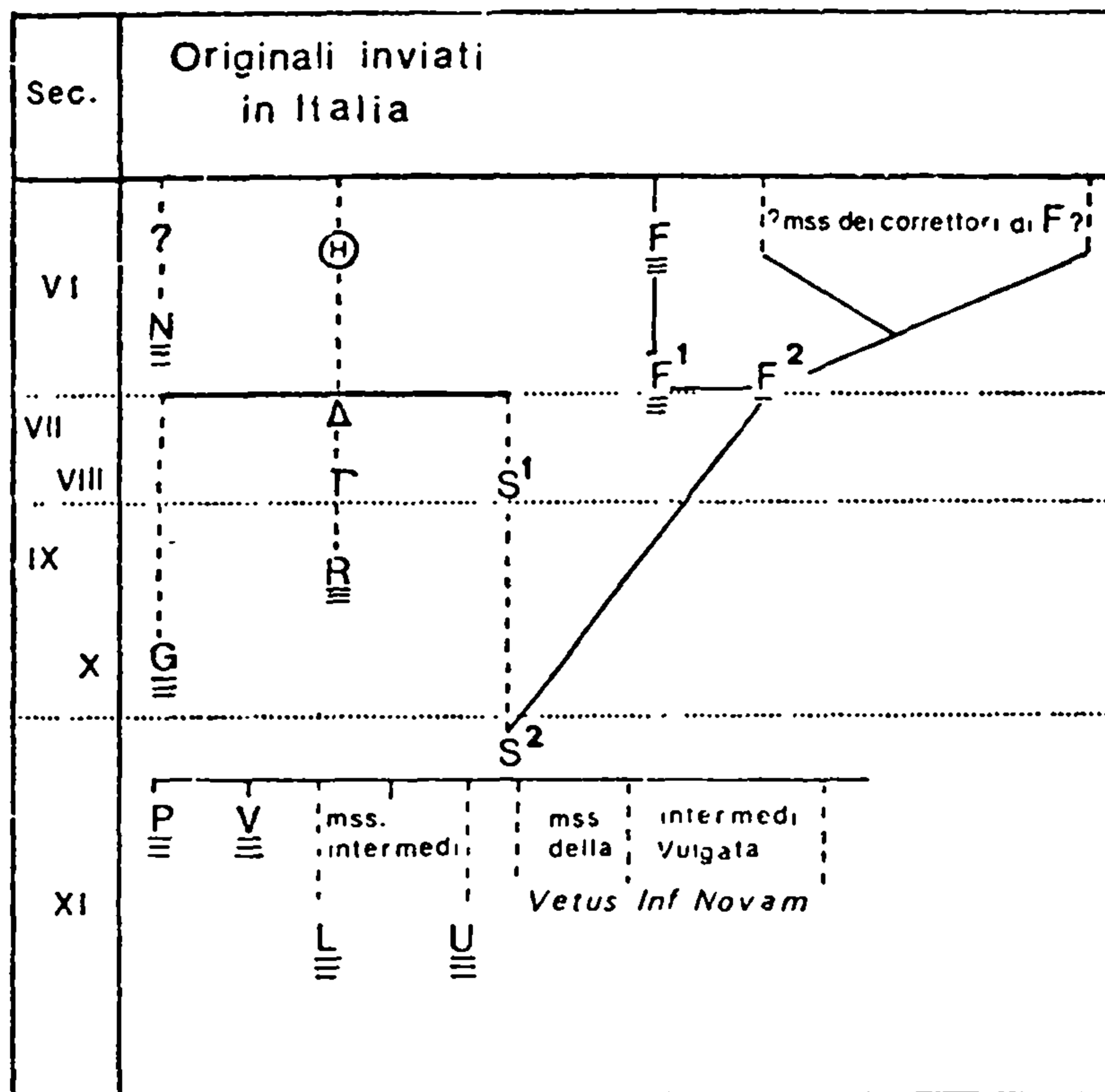
El texto del Digesto 23, 2, 43, 12, que en el Manuscrito Florentino está completo, llega a los manuscritos del texto de la Vulgata de distinta manera. Paris 4450 (de primera mano) y Vaticano 1406 omitieron un grupo considerable de letras a causa de homeoteleuto. Leipzig y Patavinus tienen el texto completo. Mor reconduce la omisión al Manuscrito S, que sería el antecedente de P y V, pero no del fragmento recogido en la Collectio Britanica, pues cuando cita este pasaje lo tiene completo. En nuestra opinión y aplicando una regla elemental de crítica textual, coincidencia de diversos testimonios en un homeoteleuto no es error «separativus» en el que se pueda fundamentar la distinta tradición de otros testimonios⁴⁸. En esta misma línea hay que destacar la poca precisión terminológica utilizada por nuestro autor. «Arquetipo» se utiliza de manera ambivalente; en ocasiones es sinónimo de modelo y en ocasiones tiene el sentido Lachmaniano en toda su integridad. También para referirse a un ejemplar coetáneo y emparentado con Δ , habla de 'apógrafo' de Δ ⁴⁹.

Con una sistemática cronológica y con la finalidad de probar el conocimiento más o menos intenso del Digesto desde finales del siglo VI hasta Bolonia, estudia las fuentes en donde se encuentran citas del Digesto y los testimonios de la propia obra que han llegado a nosotros. Después de exponer con gran detenimiento el Fragmento Berlínés lat. fol. 269, también los testimonios llamados Gromáticos y el Fragmento de Praga, Mor propone un stem-

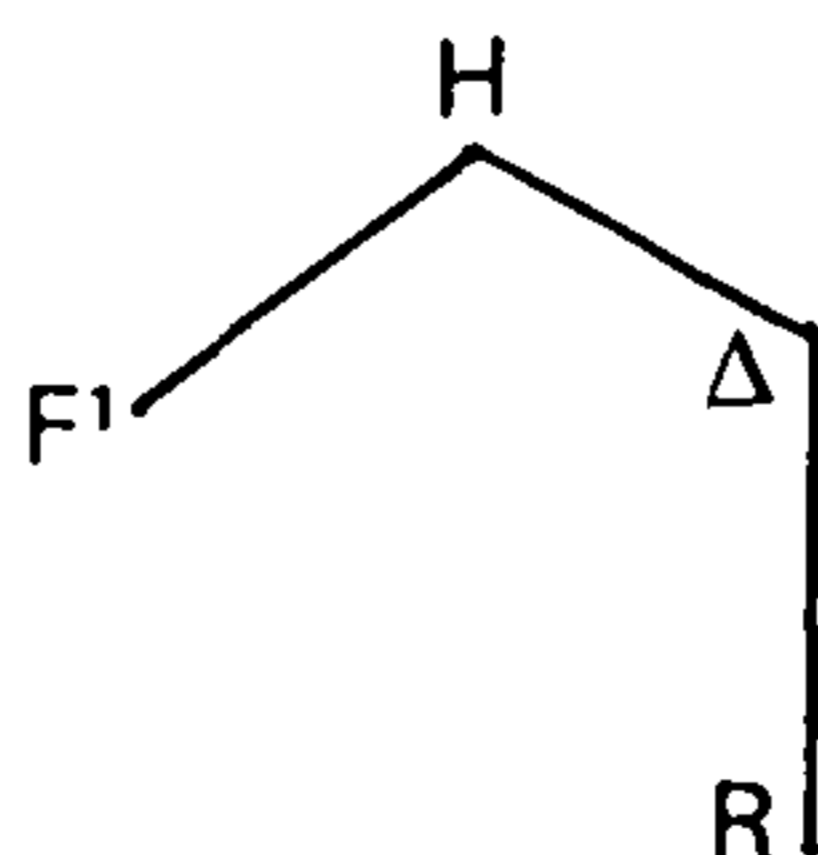
⁴⁸ Vid. PASQUALI *La critica del testo*, p. XVI, interpretación extensiva del principio enunciado en el punto 2. MOR en la p. 94 de su trabajo, y para argumentar que el Frag. Bobbiese-Neapolitano puede haber corregido a S, utiliza la misma argumentación.

⁴⁹ Arquetipo significando modelo, Scritti, pp 89, 122 y 127. En la p. 120 la palabra tiene el significado que le da LACHMANN.

ma en el que relaciona de manera indirecta R y G con F pero a través de la corrección de S. El stemma es el siguiente (p. 124).



Es necesario apuntar que dicho *stemma* no se ajusta a lo que el propio autor dice. En la página 94 apunta la posibilidad de que el Manuscrito Bobbiese Neapolitano (N) pueda haber corregido directamente S, y esto no se refleja en el *stemma*. En la página 122 dice que la conexión de F y R es «evidente»; propone el siguiente *stemma*.



y luego eso no se refleja en el *stemma* de la página 124. Es contradictorio lo que dice en la página 122 y en el propio *stemma* para datar el manuscrito Δ, con lo que después dirá en la página 137 sobre la edad de este mismo manuscrito. Primero lo sitúa en el siglo VII y después, aunque con la intención de aunar las hipótesis de Mommsen y Patetta, sin tomar él partido, propone que este testimonio sea de finales del siglo VIII.

En definitiva, la proposición de Mor para explicar la formación del texto de la Vulgata se apoya en una idea que no era original en 1934; la Vulgata no es un producto homogéneo sino el resultado de una lenta y gradual evolución (50). No discute la dependencia en el Codex Florentino pero afirma la existencia de otros manuscritos del Digesto en la Italia altomedieval. Uno o varios de ellos (la tercera *littera*) habrían sido la fuente de un Digesto epitomado, elaborado entre los siglos VII y VIII, que influencia directamente a S, que será el modelo de P y V, y modelo de L y U a través de un manuscrito intermedio, que corregirá con otras fuentes. (Por supuesto sus conclusiones son aplicables a todas las partes del Digesto).

1.2.4. Pietro Pescani

Es uno de los modernos trabajadores de esta temática. Una de las principales características de sus trabajos es la aportación de datos minuciosos de variantes en el texto, entre los diversos testimonios⁵¹. Trabaja el Digesto desde el punto de vista de la crítica textual, pero también en ocasiones esto le ha servido de pretexto para introducir cuestiones de carácter dogmático⁵².

⁵⁰ *Op. cit.*, pp. 94 y 213 Ya hemos dicho que SAVIGNY había aportado la idea del texto de la *Littera Bononienses*.

⁵¹ Vid , *ad exemplum* el *index mendorum quae in digestorum*, en *De Digestorum Archetypo*, Studi BETTI III (1961), p. 615 en el que aporta casos de todo el Digesto. Es su último trabajo *origine delle lezioni della littera Bononiensis superiori a quelle della littera Florentina*, en *BIDR* (1982), p. 207

⁵² «Ricostruzione testuale di un passo di Modestino nel Digesto attraverso le fonti orientali», en *BIDR* (1983), vol V, p. 102, en donde PESCANI analiza también dogmáticamente un texto de triple tradición. Podríamos decir que hace «Textstufen» no retrospectiva

Su proposición podría formularse de la siguiente manera. Los más antiguos representantes del texto de la Vulgata sólo se relacionan con F a través de un tronco común, que será el manuscrito modelo de F (Φ)⁵³. De este testimonio (Φ) derivarán directamente F y Φ^1 ⁵⁴. Φ^1 será el modelo del Codex S(ecundus), le llama así *in honorem Mommseni*; S está escrito en cursiva precarolina y se data en los siglos VIII o IX. El Codex S será el arquetipo —arquetipo en sentido Lachamaniano— de los más antiguos manuscritos del texto de la Vulgata. Leipzig 873 y Patavinus 941 dependen de una ramificación de S distinta de la que dependen París 4450 y Vaticanus 1406. El primero de estos dos últimos depende de una copia directa de S, S¹, y el Manuscrito Vaticano dependerá a su vez de una copia de S¹⁵⁵.

En el *stemma* que se encuentra en el penúltimo de sus trabajos⁵⁶ añade —con interrogante— la posibilidad de que el Fragmento Neapolitano pueda derivar también del arquetipo de F y Φ^1 , Φ ⁵⁷. Para el Manuscrito Berolinense Latino Fol. 269 (R) la proposición de Pescani tampoco es categórica; puede estar unido a F desde el modelo (Φ) o desde Φ^1 ⁵⁸.

Ilustraremos su proposición con un *stemma* en el que constarán todos los testimonios sobre los que nuestro autor toma posición.

Hay que alabar la coherencia del pensamiento de Pescani desde sus primeros trabajos a los últimos (1961-1982). No se contradice en ninguna de las hipótesis que expresa a lo largo de todos estos años. Hay que decir también que sus trabajos, publicados independientemente, responden a una idea preconcebida desde el

⁵³ En *Novissimo Digesto Italiano*, voz Florentina (Litera) a este testimonio le llama A², pero en todos los trabajos posteriores ya unifica su designación con Φ .

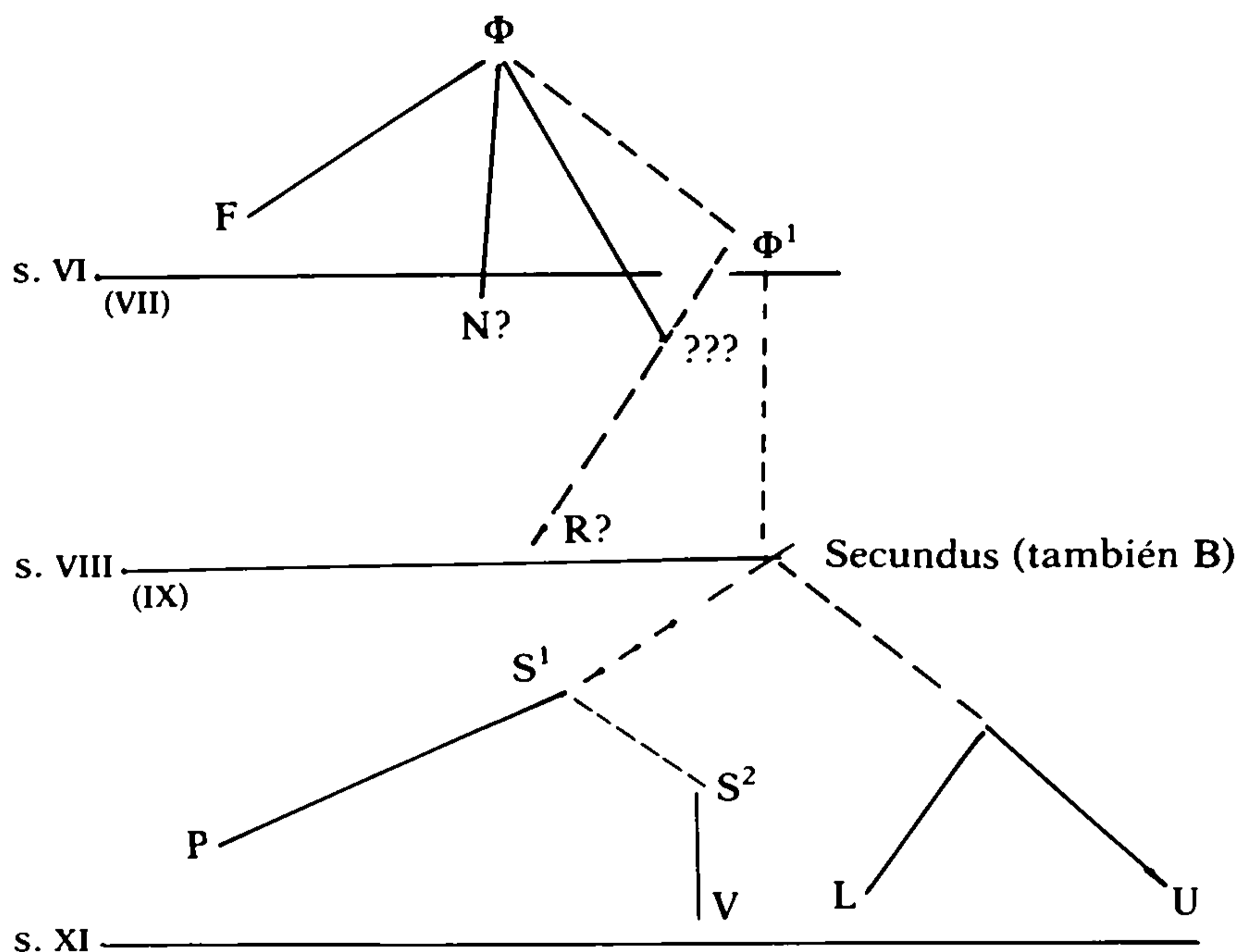
⁵⁴ En *Novissimo Digesto* (cit. nota 3), p. 410 sitúa al manuscrito Florentino en la segunda mitad del siglo VI o en los primeros decenios del VII. Es de suponer que a Φ^1 le da una misma datación

⁵⁵ «Ancora sui manoscritti del Digesto», en *BIDR* (1979), p. 170 y en «Origine delle Lezioni», *op cit*, nota 1, pp. 206 y 207.

⁵⁶ «Studi sul Digestum vetus», *BIDR*, 84 (1981), p. 159

⁵⁷ Vid. Praefatio MOMMSEN, XXXX

⁵⁸ Vid. «La posizione del R nella tradizione della "Litera Bononiensis"», en *La Critica del Testo*, vol. 2, 1971, p. 671. También en «Studi sul...», *op cit*, p. 160.



principio: primero estudia variantes entre Manuscrito Florentino y testimonios del texto de la Vulgata, en 1961 y 1966. En este último trabajo ya anuncia que se preocupará de las vicisitudes de la Litera Bononiensis después de Codex Secundus. Efectivamente, se ocupa de este problema estudiando pormenorizadamente el Manuscrito Vaticano 1406 (1972) y comparando este manuscrito con París 4450 (1979); en 1971 había trabajado la posición del Manuscrito Berlín lat. fol. 269 en relación a la Litera Bononiensis. Sus dos últimas aportaciones vuelven a ser de carácter general para el *Digestum vetus*, estudiando variantes concretas⁵⁹, en 1981 y 1982.

Pescani fundamenta su teoría en el hecho de que los más antiguos representantes del texto de la Vulgata presentan concordancias con F¹ en contra de la lección que presenta F², y comenta casos en donde verdaderamente se da esta concordancia. Lo

⁵⁹ Respectivamente *Studi sul .. y Origine delle. ops. cit*

único que hay que decirle a Pescani es que cualquier variante no sirve para sacar conclusiones estemáticas, y menos en una obra tan extensa⁶⁰. Miquel ha demostrado suficientemente cómo se equivoca Pescani al considerar las omisiones en el texto de la Vulgata como líneas del modelo de S, olvidando criterios elementales de crítica textual⁶¹. Por nuestra parte, nos limitaremos a comentar algunas reflexiones de nuestro autor.

Para Pescani, cualquier omisión en un testimonio —pues es más propio hablar de omisiones que de lagunas— puede representar una línea de su modelo. De ahí que pueda decir: a) «...Invece attraverso la che in questo ponto doveva avere intorno alle 37 lettere per riga si puo intuire...»⁶², b) «... Sembra che l'archetipo dovesse avere in questa parte del Digesto intorno alle 30 lettere per riga, piuttosto meno che più, come si ricava con molta chiarezza dalle numerose lacune» (que se encuentran en R)⁶³, c) «... ci preme osservare è che sembra che nei primi libri dell'archetipo di R e di F e di B le righe dovevano avere sulla trentina di lettere. Negli ultimi libri, invece, sembra che le rieghe dovesero avere un numero di lettere inferiore, almeno a giudicare dalle due grandi lacune che troviano in D. 48, 20, 7, 5 - 48, 21, Rubrica e 48, 22, 10 - 48, 23, Rubrica... risulta che i fogli dell'archetipo dovevano avere in questo punto un numero di lettere parecchio minore dei corrispondenti fogli di F...»⁶⁴. No entendemos por qué se parte de la base de que un mismo testimonio puede tener diversas configuraciones externas, máxime cuando en los tres casos que hemos subrayado se está refiriendo a modelos en escritura uncial, en donde hay una regularidad relativa de letras por línea⁶⁵.

En la línea de la configuración externa de los testimonios y al

⁶⁰ Vid *ad exemplum* «La Litera Florentina e Bononiensis e la Futura edizione del Digesto», publicado en los *Anali della Facoltà Giuridica* (1966) Università Camerino, p. 301

⁶¹ JUAN MIQUEL, *Caída de línea y «omissio ex homeoteleuto» como «errores coniunctivi» en el «Stemma» del Digesto*. Publicación del I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado, Bellaterra, 1985

⁶² «La litera Florentina...», *op. cit.*, p. 308

⁶³ «La posizione del R...», *op. cit.*, p. 675

⁶⁴ «La posizione del R...», *op. cit.*, p. 676.

⁶⁵ JUAN MIQUEL, en «Mechanische Fehler...», *op. cit.*, p. 243.

calcular el número de la famosa trasposición del libro 23 comentada por Mommsen, Pescani llega a decir «... il S dovera avere un formato piuttosto grande e un po' insolito, perché conteneva probabilmente intorno alle 70 righe e una cinquantina di lettere per riga...». Más adelante, dice «E verosimile infatti, que il S fosse scritto su due colone, perche il L e l'U sono scritti su due colone»⁶⁶. Por último queremos resaltar que nuestro autor, para explicar la coincidencia en la mayor parte de lagunas entre F y la **litera Bononiensis**, aparte de que en su opinión ambas proceden de un modelo común, llega a decir que puede suponerse que F y Φ^1 se hayan copiado a la vez, al dictado⁶⁷.

Como cuestiones muy concretas: 1.º Pescani, al intentar sintetizar en seis puntos la hipótesis de Mommsen, incluso dibuja un **stemma**⁶⁸ en el que R queda unido directamente con S, cuando el editor tiene buen cuidado en el *Praefatio* de comentar esta posibilidad dejándola en la duda⁶⁹. 2.º En el **stemma** que propone en su trabajo de 1981⁷⁰, aunque con interrogante, hace depender el fragmento Neapolitano del manuscrito Φ , al igual que F y Φ^1 , sin aportar ninguna prueba ni explicación. Creemos que ésta sería ineludible a la vista de que toda la doctrina, unánimemente, separa de F la tradición de este testimonio. 3.º En el año 1971 publica «La posizione del R nella tradizione della Litera Bononiensis», y no cita, ni comenta, ni rebate la opinión de sus antecesores inmediatos en el tema, Juan Miquel y Robert Röhle⁷¹; y,

⁶⁶ «La posizione del Vaticanus 1406 nella ricostruzione della prima parte del Digesto», en *Studi Grosso*, vol. V (1972), p. 88. La disposición externa de un manuscrito depende del momento cronológico y del centro escritorio donde se realiza el proceso de copia. Cualquier otra consideración merecería una fundamentación más amplia.

⁶⁷ «Origine delle...», *op. cit.*, p. 282. No reprochamos a PESCANI su proposición, que por otro lado y a partir de las enseñanzas de DAUBE, sería perfectamente verosímil. En lo que no estamos de acuerdo es que la suposición no se fundamente.

⁶⁸ «La Litera Florentina...», *op. cit.*, p. 302, y lo repite en un trabajo posterior, la «Posizione del R..», *op. cit.*, p. 672.

⁶⁹ MOMMSEN, *Praefatio LXIII Et adsunt vere quaedam indicia, quae tale librorum propaginem non evidentem quidem, verisimilem tamen redunt.*

⁷⁰ «Studi sul...», *op. cit.*, p. 159.

⁷¹ Respectivamente, en «Mechanische Fehler...», *op. cit.*, pp. 267 y ss. y «Das Berliner Institutionem und Digestenfragment Ms. Lat. fol. N. 260», en *BIDR*, 71 (1968), p. 129.

por último, la 4.ª cuestión es la impropiedad de la designación de Φ y Φ^1 , y S , S^1 y S^2 para señalar testimonios distintos copiados unos de otros, pues 1, 2, 3, convencionalmente se utilizan para designar menos de un mismo testimonio.

Por último, un comentario de carácter general sería que Pescani, utilizando ejemplos casi en su totalidad del *Digestum Vetus*, generaliza sus conclusiones para todo el Digesto. Ahora bien, no dudamos que parte de una especial concepción en el tema de la tripartición. En el trabajo que dedica al *Digestum vetus* dice «E probabile, ma non sicuro, che S sia l'origine de la litera Bononiensis e che i quattro mss. PVLU siano i piu autentici rappresentati di essa. Lo farebbe sospettare il fatto che essi riportano soltanto il Digestum Vetus. Un altro ms., però che riportasse pure l'informatiatum e il Novum potrebbe risalire benissimo ad una copia arcaica del Digestum vetus (???) che fosse stata inclusa nel Digesto intero»⁷².

Para nosotros, este párrafo resulta incomprensible.

1.2.5. Robert Röhle

El profesor de Kasel inició sus trabajos sobre la tradición manuscrita del Digesto en 1968⁷³. Sus trabajos se caracterizan más por el análisis textual de fragmentos concretos del Digesto que por un tratamiento general de la tradición manuscrita⁷⁴.

Para Röhle, la edición de Mommsen —*editio maior*— tiene notables defectos técnicos⁷⁵. Por ello propone la confección de una nueva edición crítica; antes de hacer esta proposición, presenta un decálogo en el que formula sus críticas a dicha edición. Efec-

⁷² «Studi sul . . . », *op. cit.*, p. 160.

⁷³ «Das Berliner Institutionem und Digestenfragment Ms Lat Fol. n 269» *BIDR*, 71 (1968), p. 129.

⁷⁴ Por orden cronológico. «P S. 5. 5^b 1 Überlieferungsgeschichte und textkritische Bemerkungen», *IURA* (1975); «Zum wortlaut des edikts "quod publicanus vi ademerit"», en *TR*, XLVI (1978), p. 137; «Zur Rekonstruktion von D. 9,3,5,1», en *IURA*, 30 (1979), p. 86, «Zur versio Latina Burgundionis von D. 27,1,8, pr », en *TR*, LI (1983), p. 151, y «D. 12,6,67,3 Parationes», *TR*, LIII (1985), p. 333

⁷⁵ «Digestorum Editio Maior und Theodor Mommsen», *BIDR*, 73 (1970), p. 19.

tivamente, en 1974 comunica en revistas romanistas de la mayor difusión su intención de llevar a cabo una nueva edición crítica que por el momento no sabemos de su publicación⁷⁶. Suponemos que en esta línea edita un testimonio fragmentario del *Digestum novum*⁷⁷ y en un pequeño trabajo publicado cinco años después relaciona los manuscritos utilizados por Brenkmann⁷⁸. En otros trabajos de carácter dogmático o incluso de estudio del texto en obras diversas al Digesto, hace referencias constantes a la crítica textual del Digesto. En uno de sus trabajos de mayor extensión⁷⁹, en el que presenta una edición crítica de fragmentos de las *Quaestiones de Paulus* y su correspondiente traducción al alemán, apoyándose en parte en Mommsen y en parte en la edición Gebauer-Špangenberg, propone para estos fragmentos lecciones alternativas a las de la *editio maior*.

Röhle no se arriesga en ninguno de sus trabajos a dar una opinión categórica sobre el *stemma* de la tradición del Digesto. Su estudio sobre el Manuscrito Berlín|lat. fol. 269 (R)⁸⁰ se centra en la historia y la descripción concreta del manuscrito en sí, y sobre todo en la averiguación de las características externas de su modelo «Die Vorlage der HS (V^R) —pero falta la interrelación de dicho testimonio en la tradición manuscrita del Digesto en general. En el último apartado de este trabajo, relaciona variantes de este manuscrito tanto del texto de las Instituciones de Justiniano

⁷⁶ «*Litera Bononiensis Neue kritische Ausgabe, herausgabe von Rohle, R*», en la reseña bibliográfica de *IURA* (1974), en donde explica su intención de iniciar esta nueva edición con el *Digestum Novum*, para lo que pide se le comunique la existencia de manuscritos desconocidos. Hace extensiva su petición a las otras partes del Digesto.

⁷⁷ *Digestorum Fragmentum Casellianum 2.º ss iurid 100, 11*. Este mismo fragmento había sido descrito en 1908 por MAX CONRAT, vid., *BIDR*, 20 (1980), p. 259. Conrat data el fragmento en el siglo XIII (diciendo que le parece más antiguo que los cotejados por MOMMSEN), DOLEAZALEK, en el siglo XII, y ROHLE en la segunda mitad del siglo XII.

⁷⁸ «Die Vulgathandschriften der Gottinger Digestenausgabe von 1776», en *LABEO* (1976), p. 164.

⁷⁹ *Iulius Paulus, Gelehrte Untersuchungen einzelner Rechtsfragen, sechsundzwanzig, Bucher herausgegeben und übersetzt von R. Röhle.*, Kasel, 1975. En *SZ* (1977), p. 424 se encuentra una reseña muy crítica de Christoph Krampe.

⁸⁰ «Das Berliner Institutionen...», *op. cit*

como del texto del Digesto, pero más con la intención de corregir el aparato crítico de las ediciones de Kruger y Mommsen, respectivamente, que con la de proponer una alternativa a la reconstitución del texto propuesto por estos estudiosos.

De su publicación relacionando los códices tenidos en cuenta por Brenkmann para su inacabada edición del Digesto, y de la referencia constante a las lecciones de la edición de Gebauer-Spangenberg⁸¹, puede deducirse que Röhle se adhiere a la hipótesis de Brenkmann, no obstante, en ninguno de sus trabajos lo dice expresamente; y además, como hemos visto, Brenkmann no se define categóricamente sobre el *stemma* de la tradición manuscrita del Digesto.

No podemos dejar de comentar que sorprende la ligereza de este autor en afirmaciones relativas a Mommsen al criticar la *editio maior*⁸². No dudamos que de entre las diversas técnicas para una edición crítica, Mommsen eligió la más adecuada a la especificidad de la obra que se había propuesto editar; esta elección, por esto, comporta renuncia a otras técnicas que serían más explícitas, por ejemplo en conjeturas propuestas por los estudiosos. No obstante, no se puede decir sobre la coherente edición de Mommsen —y decimos coherente en cuanto a su congruencia con las proposiciones que se hace en el *Praefatio*—: por un lado, que Mommsen no ha tenido en cuenta ediciones anteriores y, por otro, que el aparato crítico está sobrecargado⁸³. No puede decirse tampoco que la reproducción del Codex Florentinus es insuficiente, pues cualquier otra proposición que quisiera ser más fidedigna podría caer, por ejemplo, en el sistema de *geminaciones* que utilizó Torelli y que pretendía utilizar Brenkmann, con la enorme confusión a que esto puede prestarse. Christoph Krampe, en la recensión sobre la obra más extensa de Röhle, dice «Insgesamt vermag das Buch jedich nicht zu uberzeugen»⁸⁴, y Juan Miquel, como colofón a su última publicación sobre nuestro tema, contesta a Röhle diciendo que no cree que haya llegado el momento de una nueva edición de los Digestos Justinianos⁸⁵.

⁸¹ «Die Vulgathandschriften . », *op. cit.*, y «Iulius Paulus Gelehrte ..», *op. cit.*

⁸² «Digestorum editio maior », *op. cit.*, p. 33, penúltimo párrafo.

⁸³ «Digestorum editio maior », *op. cit.*, p. 34, puntos 4 y 6

⁸⁴ Recensión citada en n.º 79.

⁸⁵ *Caída de línea y «omissio ex homeoteleuto»*, *op. cit.*, p. 240

1.2.6. Juan Miquel

En 1963 publica el primer trabajo sobre la tradición manuscrita del Digesto. El título del mismo refleja su contenido —errores mecánicos en la tradición del Digesto—⁸⁶. Al comparar esta publicación con la segunda⁸⁷ puede decirse que la primera hace un tratamiento general de la problemática de la transmisión de la obra justiniana, mientras que la segunda incardina ahí una variante concreta entre los diversos testimonios. El tercer trabajo, publicado casi veinte años después⁸⁸ continúa con el estudio de los errores mecánicos al dar un diagnóstico diferencial entre caída de línea y *omissio ex homeoteleuto*; desde ahí propone un nuevo método para tratar las omisiones por homeoteleuto, que llevará a consecuencias importantes en el actual estudio de este tema.

El primer trabajo está dividido en cuatro apartados, se introduce con una excelente explicación sumaria del *status quaestionis*⁸⁹. En el apartado II estudia los distintos tipos de corruptelas mecánicas por el siguiente orden. Omisiones de línea, ditografías (repeticiones de línea), omisiones por homeoteleuto y trasposiciones. De todas estas corruptelas, las caídas de línea son las que se tratan más profundamente y desde ahí se elabora científicamente la hipótesis de la regularidad de la escritura uncial, que tiene una relevancia tan importante en la tradición manuscrita del Digesto. En el tercer apartado se hace una periodificación de la transmisión y se estudia ésta a la vista de la aplicabilidad o no de la teoría Lachmanniana del arquetipo en el siglo VI, en el siglo IX y en el siglo XI. Es verdad que esta división cronológica la había hecho Mor algunos años antes, y con la finalidad de estu-

⁸⁶ «Mechanische Fehler en der Überlieferung der Digesten», SZ, 80 (1963), pp 234 y ss

⁸⁷ «D. 23,5,7, pr. Zur Frage der Mechanischen Varianten in den ältesten Digestenemplaren», SZ, 81 (1964)

⁸⁸ *Caída de línea y «omissio ex homeoteleuto» como «errores coniunctivi» en el «stemma» del «Digesto»*, publicado en 1985, en Bellaterra (Barcelona), en la obra que recoge las ponencias presentadas al I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado, Nuevas Técnicas de Investigación.

⁸⁹ Este apartado contiene un completo y perfecto resumen de lo más importante que se ha dicho sobre el tema

diar la tradición del Digesto; no obstante Miquel frente a Mor, centra mucho más la problemática. En el siglo VI y dado que la tradición se extiende en cuanto al número de testimonios se refiere, no hay posibilidad de encontrar arquetipos, sino que es mucho más probable la contaminación. En la época carolingia es difícil poder reconducir los testimonios a uno anterior que a su vez ya estaría separado del «original», tanto por razones de posibilidad paleográfica a la vista de los testimonios, como por razones sociológicas⁹⁰. Para el estudio del siglo XI toma a Kantorowicz como interlocutor de la evolución de su discurso. Aquí se plantea todos los problemas que puedan relacionarse con el Codex S(e-cundus)⁹¹. En el cuarto y último apartado de su trabajo, adscribiéndose a la teoría de Mommsen, propone que en ocasiones el *iudicium* puede aportar más para la reconstitución del texto justiniano. Finalmente concluye su trabajo diciendo que cualquier intento de edición crítica del Digesto que no tenga en cuenta la *leccio difficilior* y el *usus scribendi*, como normas elementales de crítica textual, no tendrá validez⁹².

Como para confirmar su proposición presenta un segundo trabajo sobre el añadido de algún manuscrito del texto de la Vulgata en relación a F, como el fragmento de D. 23, 5, 7. El trabajo, sin tener una división manifiesta, está estructurado de la siguiente manera: primero examina el tratamiento del caso en Torelli, Cuyacio, Savigny y Mommsen. También en otros autores como Biondi, Besseler y Guarneri-Citati. Luego examina cómo el añadido de

⁹⁰ Por supuesto, el testimonio protagonista de esta época es Berlín 269 (R).

⁹¹ El ejemplo que trae a colación para negar la posibilidad de una *requensio abierta* resulta extremadamente interesante, p. 274.

⁹² Por supuesto, citando a PASQUALI; *Leccio difficilior* y *usus scribendi* son conceptos básicos de la crítica textual que «se refieren a la necesidad de tener en cuenta datos históricos (incluso prosódicos o rítmicos), relativos al autor, al momento de creación de la obra, y a los sucesivos momentos de la transmisión (*usus scribendi*), pues ello puede explicar variantes, y tener en cuenta también que en la operación de lectura (o audición) del modelo e inmediata transcripción al ejemplar que se está confeccionando, el copista puede confundir unos grafemas por otros y leer (o escuchar) una palabra distinta de la del modelo. « . El caso más frecuente es el de la *lectio facilior* o trivialización: ante una palabra poco frecuente con rasgos gráficos muy similares a otra de uso normal, el copista opta de inmediato por la segunda, la lección más fácil » (BLECUA) Vid. Paul MAAS, *Crítica del texto*, p. 17, Giorgio PASQUALI, *La Crítica del texto*, p. XII, y Alberto BLECUA, *Manual de crítica textual*, pp. 25 y 124.

algunos testimonios representa una complementación objetiva de los hechos que expone el caso; que se encuentra en la tradición griega por encontrarse en un escolio de Stefano en el que se cita a Teleleo; y que el número de letras de texto omitido podrían formar dos líneas del modelo y haber caído por homeoteleuto. En una tercera fase de su trabajo, haciendo una inmersión extraordinaria en la tradición griega, estudia el tratamiento del texto en el Anónimo, Cyrilo y Stefano. A partir de ahí, y cuando ya ha hecho indiscutible la recuperación del texto de Vulgata para el Digesto, plantea la problemática de la tradición del Digesto en el siglo VI desde un punto de vista general, sumándose a la proposición de Schwarz en cuanto a significado de la expresión «texto justiniano».

En el último trabajo Miquel formaliza ya un *stemma* del *Digestum vetus* en el que se concreta su aportación. El segundo apartado lo introduce explicando el núcleo de la tesis de Pescani que él se dispone a atacar científicamente. Empieza por hacer una gradación de errores *significativi*: lagunas, trasposiciones, *insertio alieno loco*, caída de línea y *omissio ex homeoteleuto*. Revisa uno por uno los casos tratados por Pescani como caída de línea y demuestra que en realidad son omisiones por homeoteleuto; dicha corruptela es de diversa significación para la constitución del *stemma* que la caída de línea. En este mismo apartado pero ya iniciando una metodología distinta, presenta un histograma de frecuencias, tabulando todos los casos de Pescani más algunos de relevancia que Pescani no había aportado. De ahí que la gradación de las omisiones por homeoteleuto centradas, a derecha y a izquierda se presenten con una distinta significación. Concluye este apartado relacionando las magnitudes de tipificación y relevancia, llegando a conclusiones muy interesantes. En el último apartado se hace una recapitulación general, se incardina el tema del trabajo —que el autor califica de humilde— en toda la historia de la recuperación de los textos de la Vulgata del Digesto; distingue omisiones por homeoteleuto en S, de las de un proceso de copia posterior. En el último párrafo hace una reflexión sobre el estado actual del estudio de los errores mecánicos en la tradición del Digesto, en la romanística moderna ⁹³.

⁹³ Tal vez esta reflexión haya sido el motor del trabajo que ahora se presenta

En definitiva creemos que todos los trabajos de Juan Miquel tienen un hilo conductor; sólo aplicando los conocimientos más consolidados de la crítica textual y desde una valoración profunda y adecuada de cada uno de los testimonios conservados, puede el estudioso adentrarse en la problemática de la reconstitución del texto del Digesto.

1.3.1. Siglo VI: Relatividad de la expresión texto Justiniano

Expondremos ahora las opiniones de los estudiosos en relación a un punto que, en nuestra opinión, no se ha destacado suficientemente por la doctrina. Dado que el Digesto es una obra confeccionada en la Cancillería de Justiniano compilando⁹⁴, entresacando textos contenidos en variada literatura jurídica, para colocarlos en una obra de concepción distinta a lo que había legado la tradición anterior, parece lógico suponer que debieron confeccionarse manualmente diversos ejemplares, todos ellos con el mismo valor en cuanto a su autenticidad, pero que diferían en lecciones concretas incluso en la disposición de algún fragmento, justamente en virtud de esa especificidad en la confección de la obra⁹⁵.

Pescani hace una breve insinuación de esta problemática que en trabajos posteriores ya no vuelve a mencionar; para explicar que F, en el mejor de los casos, es un «descendiente» de A (para Pescani, A es el ejemplar resultado del trabajo compilatorio)⁹⁶, dice que de A, este primer y originario ejemplar, se copiaron varios ejemplares que fueron los remitidos a Justiniano y a los altos dignatarios del Imperio. Estos ejemplares aparte de haberse corregido por personas diferentes pueden haber sido objeto de in-

⁹⁴ *Compilare*: saquear, despojar, robar. La hipótesis del predigesto está superada. Vid. Juan MIQUEL, SZ, 90, 1973, pp. 478 y ss., donde el autor recensiona el trabajo de A. M. HONORE, «Justinian's Digest, Work in progress», Oxford, 1971, *Law Quarterly Review*, 88 (1972), pp. 30 a 56.

⁹⁵ En este punto nos remitimos al apartado IV de este trabajo, «Significado de la expresión texto justiniano».

⁹⁶ Vid. *Novissimo Digesto*, vol. 7, p. 409 (año 1961), voz Florentina (littera). Es uno de sus primeros trabajos sobre el tema.

terpolaciones de los propios compiladores. Desgraciadamente esta argumentación, que más elaborada podría haber sido tan fecunda, no se aprovecha en los trabajos posteriores.

Juan Miquel⁹⁷ es el único autor, posterior a Mommsen, que formula exactamente la suposición que tratamos en este punto. En su primer trabajo sobre nuestro tema⁹⁸ y al estudiar la marcha de la tradición en el propio siglo VI, empieza por argumentar que esta época es refractaria a la formación de arquetipos⁹⁹; de ahí, y utilizando el símil de Pasquali sobre la propagación rápida y extensa de una mancha de aceite, propone que las innovaciones—incluso de la propia Cancillería— y por supuesto las trivializaciones, se extienden del centro a la periferia¹⁰⁰. Hay que señalar que cuando Miquel expone esta idea para el siglo VI lo hace oponiéndose concretamente a una afirmación de Mommsen en el *Praefatio*, en la que defiende justo lo contrario, es decir, la *recensio cerrada*¹⁰¹. Miquel fundamenta su argumentación con ejemplos muy concretos de variantes en el texto transmitido del Digesto; todos los casos en que F² tacha milia, D. 22, 3, final, D. 35, 2, 50 y 53, D. 48, 20, 7, 4 y D. 48, 22, 10¹⁰². Juan Miquel en su trabajo sobre la recuperación del texto de Vulgata de D. 23, 5, 7, pr.¹⁰³ aporta dos ideas fundamentales en este punto: 1.^a En el propio siglo VI existía una lucha entre variantes de los diversos ejemplares, incluso de los propios compiladores¹⁰⁴, y 2.^a La relatividad de la expresión «texto justiniano».

En D. 40, 9, 8, pr. se encuentra una variante entre la tradición griega y la tradición latina, extremadamente interesante para el

⁹⁷ Apoyándose en SCHWARZ y HUSCHE. Vid. citas constantes en el trabajo «Mechanische Fehler in der ..», *op. cit.*

⁹⁸ Vid. «Mechanische Fehler in der ..», *op. cit.*

⁹⁹ Vid. «Mechanische Fehler in der ..», p. 259.

¹⁰⁰ Vid. Decálogo PASQUALI, XVII, punto 8, *Storia della tradizione e critica del testo*, 2.^a edición, Florencia, 1970.

¹⁰¹ Vid. *Praefatio editio maior* LXI, Juan MIQUEL se apoya en HUSCHE.

¹⁰² Todos estos casos se trabajan pormenorizadamente en el último apartado de este trabajo (apartado IV).

¹⁰³ Vid. Juan MIQUEL, «D. 23,5,7,pr. », *op. cit.*

¹⁰⁴ Y para la variante que le ocupa propone que una de las razones de que no se encuentre el añadido en F es que se prefiere la lección más corta

objeto de este apartado ¹⁰⁵. Toda la tradición latina tiene *Manumittat fideicommissi causa*; la tradición griega, por el contrario, tiene περιγραφὴν Τῶν δανειατῶν ἑγενθεροῦν; Mommsen, citando a Cuyacio, expone en el aparato crítico que el origen de la variante está en la abreviatura F. C., que tanto puede valer para *fideicommissis* como para *fraudem creditorum*. Indudablemente la lección correcta es la de la tradición griega, pues en otro caso no tendría sentido la referencia del Jurista Africano a la Ley Aelia Sentia, ni la ubicación del fragmento en el título 9 del libro 40.

Pero la divergencia, ¿qué manifiesta?: ¿Qué los profesores orientales pudieron corregir un error en los ejemplares más próximos, pero no en los que ya habían salido de la Cancillería?; ¿qué unos copistas eran más despiertos que otros y de un mismo modelo surgieron dos interpretaciones distintas? Esto entra ya en el nivel de la especulación. Lo importante es resaltar la evidencia de la variante, que por su origen en una abreviatura ha de situarse en la propia Cancillería, de acuerdo con la tajante prohibición de Justiniano.

Desde nuestro punto de vista, el estudio de la tradición manuscrita del Digesto tiene, en esta idea formalizada definitivamente por Miquel, una vía fundamental.

1.3.2. Particularidad de la transmisión del Digesto: Oriente y Occidente

Sin duda la doble transmisión latina y griega de la obra es uno de los elementos que particularizan la tradición manuscrita del Digesto ¹⁰⁶.

Dicho elemento diferenciador se matiza además con la presunción de que ambas tradiciones no han sufrido contaminación entre sí más que en una primera época, la de nacimiento de la obra en la propia Cancillería de Justiniano. Con los humanistas, que recuperan la lengua griega en Occidente para el estudio de

¹⁰⁵ Me hizo notar esta interesante variante el profesor Douglas OSLER, en conversación personal.

¹⁰⁶ Aunque no la individualiza, el Antiguo y el Nuevo Testamento se transmitieron en diversas lenguas.

la ciencia del Derecho, se inicia ya un estudio «histórico» del Digesto que desplazará toda la labor integradora del texto realizada por las corrientes jurídicas anteriores, y por tanto no se puede hablar ya de contaminación ¹⁰⁷.

Nos interesa ahora comentar el papel que los autores han querido dar a la tradición griega ¹⁰⁸ para fundamentar la reconstitución textual del Digesto.

En opinión de muchos autores Mommsen ha otorgado al texto de la tradición griega un papel decisivo en la reconstitución del texto de las Pandectas. En el trabajo preparatorio de la edición del Digesto ¹⁰⁹ parece se contradice cuando explicita el rol que debería desempeñar la tradición griega en una edición del texto del Digesto. Primero dice que solamente debe utilizarse para llenar lagunas de la tradición latina, y luego, al criticar a Savigny la falta de método al recuperar añadidos del texto de la Vulgata, dice que con el texto de la tradición griega se pueden distinguir añadidos de conjeturas ¹¹⁰. En la edición hace menciones expresas y en el Praefatio, reconoce interpolaciones en el Manuscrito Florentino desde propios escolios Bizantinos ¹¹¹, y lo que es más importante, cuando dice que los Manuscritos Boloñeses tienen verdaderas correcciones en relación al Florentino, otorga gran importancia a que el añadido Boloñés esté defendido por la tradición griega ¹¹².

¹⁰⁷ En este punto representa una gran aportación el trabajo de Juan MIQUEL, «Mechanische Fehler...», *op. cit.*, pp 260 a 267. Para toda esta temática sigue siendo imprescindible la obra de MONTREUIL, *Histoire du Droit Byzantin*, 3 vols., París, 1843-1846, reimpresión Osnabruck, 1966.

¹⁰⁸ Utilizamos la expresión «tradición griega», como término que comprende las Basílicas, los escolios y el Τυπὸνχειτος

¹⁰⁹ Vid «Uber die kritische Gundlage .», *op. cit.*, publicada en *Juristische Schriften*

¹¹⁰ Trabajo citado en la nota anterior, pp 113 a 115.

¹¹¹ *Praefatio* LX

¹¹² *Praefatio* LXX, nota 3. En este sentido, vid MONTREUIL, *op. cit.*, vol. II, p. 102

Le texte des Basiliques correspondant aux Pandectes présentait donc généralement une rédaction plus concise que l'original latin, par suite de l'emploi de l'επιτομή. Aussi, le texte grec contient rarement les espèces invoquées par les jurisconsultes anciens

Naber ¹¹³ en un trabajo hoy completamente superado, propone que los Manuscritos Boloñeses pueden haber tenido alguna influencia de la tradición griega, que no hubiera afectado a F, y lo fundamenta en variantes coincidentes en griegos y el texto de la Vulgata, frente al Florentino.

Pescani por su parte, en uno de sus trabajos dedicados a recuperar lecciones para el texto del Digesto ¹¹⁴, utiliza la tradición griega como fundamento de las variantes que él propone como auténticas, pero no plantea en ningún momento una relación de dependencia entre testimonios de ambas tradiciones.

Juan Miquel en este punto vuelve a ser el estudioso del tema, posterior a Mommsen, que da la relevancia adecuada al valor integrador del texto de la tradición griega; concretamente en el trabajo dedicado a D. 23, 5, 7, en el que propone recuperar un añadido que incluso no está en todas las Vulgatas ¹¹⁵. Entre los diversos métodos en que este autor fundamenta su proposición tiene gran importancia la existencia y disposición del texto en la Cadena del Anónimo y los Escolios de Cyrilo y Stefano. La localización de la frase en estas fuentes es la que hace que Miquel hable de una contaminación «petradicional» que explicaría el periplo de ese añadido en los diversos testimonios, tanto de una como de otra tradición.

1.3.3. Valor para la reconstitución del texto del Digesto del Manuscrito Berlín 269 (R)

La relación entre el Manuscrito Florentino y los manuscritos más antiguos del texto de la Vulgata es el problema del *stemma*

et les considérations sur les quelles ils avaient motivé leurs opinions mais le commentaire fort étendu d'Etienne, placé dans les Scholies, complétait ce que le travail de l'Anonyme pouvait laisser à désirer sous le rapport des développements du point de droit

¹¹³ Vid «De Pandectarum Codicibus Bononiensibus», *RSDI*, año 1934, pp 274 a 285; Vid. también F. EBRARD, *SZ*, 67 (1950), pp 113 y ss *Die Entstehung des Corpus Iuris nach den acht Einfuhrungs gesetzen des Kaisers Justinian*

¹¹⁴ Vid «De digestorum arquetypo», *op. cit.*, p. 591, final Praefatio, y p 598 y ss.

¹¹⁵ Vid «D 23,5,7,pr . . .», *op. cit.*

de la tradición del Digesto. No obstante existen testimonios cronológicamente intermedios que pueden aportar elementos valiosos a la recuperación del texto Justiniano. En otro apartado de este trabajo se relacionarán y comentarán brevemente cada uno de estos testimonios, pero lo que ahora trataremos de determinar es el valor que la doctrina ha dado al texto para reconstituir el originario. Sin duda de entre estos testimonios hay uno que ha sido objeto de interés particularizado y superpuesto a los demás. Este es el Codex Berlínés 269 (R) ¹¹⁶,

Mommsen en la primera parte del Praefatio trata de los documentos conocidos en 1870 para describirlos en sus puntos esenciales; en la segunda parte de dicha introducción dedica su atención solamente al origen y autoridad del libro primero del Digesto contenido en el Codex de Berlín 269 ¹¹⁷. No obstante todos ellos se cotejan para la reconstitución del texto ¹¹⁸.

Mor y Kantorowicz para el Manuscrito Neapolitano tienen una misma opinión. El testimonio Neapolitano puede haber corregido directamente S, lo que explicaría muchas variantes boloñesas, pues entre F y N no hay ningún tipo de relación ¹¹⁹. Para R ambos autores ya se separan. Mientras que para Mor, R, que es considerado como independiente de F, puede haber servido para corregir S, por lo que no tendrá valor para reconstituir el texto ¹²⁰, para Kantorowicz, R está emparentado con F, desde su modelo, y además con el extracto de Pandectas que mejorará S. Por estas dos razones propone su escaso valor crítico ¹²¹.

Röhle y Pescani tienen sendos trabajos monográficos sobre el Manuscrito Berlín 269. El primero centra el capítulo más importante de su trabajo en averiguar la fisonomía del modelo de R, critica la forma en que Mommsen ha plasmado en la edición su

¹¹⁶ Vid apéndice de este trabajo. Nosotros sólo nos fijaremos en el valor del testimonio para recuperar el texto justiniano del Digesto.

¹¹⁷ Praefatio LXII

¹¹⁸ Puede comprobarse en la editio maior que en el aparato crítico de los lugares correspondientes, se encuentran las variantes de estos testimonios.

¹¹⁹ Vid GUIDO MOR, pp 94 y 124

¹²⁰ Volver a ver el stemma en la p 124 de la citada obra de GUIDO MOR

¹²¹ KANTOROWICZ dedica a R una extensa nota de su trabajo «Die Entstehung», *op cit*, p. 260, nota 2 (SZ, año 1909), así como una especial referencia en el añadido final recopilatorio, p 75 (SZ, año 1910).

cotejo con F, y propone lecciones de R como auténticas en detrimento de las de F. Se encuentra a faltar por esto en su trabajo un apartado en el que el autor estudie concretamente la relación de F con R. Pescani a su vez, proponiendo que exista un lazo de unión entre F y R, critica a Mommsen que no haya aceptado en texto lecciones coincidentes de R con Vulgatas, en contra de F ¹²².

Miquel en el trabajo de 1963 centra perfectamente el valor del Manuscrito Berlinés 269 ¹²³. Miquel critica a los autores anteriores —Kantorowicz, Mor— en cuanto se han dejado llevar, en su valoración de R, por la teoría Lachmanniana del arquetipo; por ello han intentado colocar este testimonio en un *stemma* de la tradición manuscrita, cuando en realidad, como dice Miquel —aportando argumentos muy sólidos ¹²⁴— desciende de un ejemplar del siglo VI, independiente de los que han llegado hasta nosotros, y en todo caso puede haber contaminado los testimonios posteriores conocidos por nosotros. De ahí que su valor para recomponer el texto originario sea importante pero no decisivo.

1.3.4. Partición de la Vulgata del Digesto

A nuestro entender la gran «crux» de la tradición manuscrita del Digesto es la tripartición de los manuscritos de la Vulgata (no sería impropio hablar de quatripartición dado que el *infortiatum* está dividido en dos partes en la mayoría de testimonios) ¹²⁵. Es interesante conocer la opinión de los autores: 1) en relación al origen del nombre que designa a cada una de las partes del Digesto; 2) su opinión en cuanto al momento cronológico a partir del que

¹²² Vid «La posizione de la R .», *op. cit.* Ya hemos dicho que llega a la conclusión de que el modelo de R debía estar escrito en uncial, sin citar a JUAN MIQUEL, autor que había hecho esta misma proposición unos años antes; El trabajo de R. RÖHLE es «Das Berliner Institutionen und Digest. », *op. cit.*

¹²³ Vid «Mechanische Fehler », *op. cit.*, p 267.

¹²⁴ La gran laguna de R (D. 1,5,24,.) no coincide con una hoja de F, en R no hay separación de fragmentos y la extensión de la línea es muy regular, lo que hace pensar en un modelo stijométrico. Los textos griegos están escritos mecánicamente.

¹²⁵ MIQUEL en «Mechanische Fehler...» 279 ya dice que la tripartición sigue siendo un enigma.

se inicia la partición, cuestión íntimamente conectada con el testimonio del que los autores la hacen derivar, y 3) razones que podrían explicar la partición.

1.3.4.1. Origen de la denominación de cada una de las partes del Digesto

Para el primer punto es interesante traer a colación el texto del Manuscrito Sessoriano 43 ¹²⁶ dado que precisamente intenta contestar a nuestra pregunta.

Digestum vetus ideo vocant, quia cum ars ista lougo tempore la-tuisset, primo illa pars est inventa, que digestum vetus vocatur, unde ab inuentione nomen accepit: deinde procedente tempore in-venta fuit pars illa, que digestum novum dicitur, et a nova inuen-tione novum nomen accepit. Postmodum vero inventa est illa pars, que dicitur infortiatum sive infortiata, que nomen inde accepit, quia qui eam invenerunt, summa vi nisi fuerunt, quam vulgariter *fortiam* vocamus, vel, sicut in disciplina fere preceptorum omnium traditur, infortiata ideo dicitur, quia tempore inuentionis eius mo-neta, que infortiati vocabatur, expendebatur.

In fine vero inventa est pars illa; que dicitur tres partes, a sui prin-cipio nomen sumens. Doceri autem debet ars ista tam in regis ur-bibus, roma scilicet veteri et constantinopolim, quam in berithen-sium civitate, alibi minime ut ff. in constitutione l. omnem nostre etc. et ar. I. aut. coll. II. t. ut ecclesia romana. c. a. gandeat p. in prin. et C. de veteri iurs enucleando l. 1. ibi. Roma autem etc. Ordo vero legendi talis est: primo anno legende sunt institutiones et prota digestorum, deinde tribus sequentibus annis legenda sunt di-gesta secundum ordinem a iustiniano in constitutione "omnem nostre reipublice,, statutum. In quinto vero anno legendus est co-dex. In fine vero legenda est autentica et postmodum novella. Que vero sit huius artis materia, que intentio, que utilitas et cui parti

¹²⁶ Sobre este manuscrito puede citarse como literatura más importante: PA-TETTA, *Sul introduzione del Digesto a Bologna e sulla divisione bolognese in quattro parti* (1892) Este trabajo se publicó en la *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, pero posteriormente se republicó en los *STUDI sulle Fonti Giuridiche Medievali*, p. 201 Hoy en edición anastática, Torino, 1967 KANTOROWICZ en la p. 54 de la *SZ* (1910) «Uber die Entstehung .», *op. cit.*, hace un breve comentario DOLEZA-LEK en *Verzeichnis* voz Roma, Biblioteca Nazionale, en donde se cita abundante literatura.

filosofe supponatur, ex summa pla. et ex aliis scriptis facile perpenditur. Iustinianus ergo, more recte scribentium, constitutionem premitit que sic incipit: omnem nostre etc. que et constitutionis et orationis sive prohemii vicem optinet: constitutionis, quia ab ipso iustiniano christianissimo principe condita, orationis sive proemii, quia in ea reddit nos dociles be-

No obstante todos los autores están de acuerdo en que los nombres de *Digestum vetus* y *Digestum novum* tienen un completo paralelismo con los correspondientes a antiguo y nuevo testamento. Kantorowicz, tal vez el autor posterior a Mommsen que ha dedicado una atención más profunda a esta cuestión de la terminología que designa la partición del Digesto ¹²⁷, dice que estos términos tienen que ser producto del lenguaje estudiantil. Su análisis empieza por situar cronológicamente el origen de los nombres en el tiempo de los cuatro doctores, o incluso del propio Irnerio, puesto que en el catálogo del Monasterio de Bec ¹²⁸ ya se encuentra la cita con el término que designa cada una de las partes del Digesto. El que en los manuscritos más antiguos del texto de la Vulgata (P, V, U, L) no se encuentre ninguna mención al nombre *Digestum vetus*, ni las glosas —incluso la glosa acursiana— contengan comentarios relacionados con ello, son los elementos determinantes para su proposición. Según Kantorowicz, la literatura científica sólo se ocupó de la interpretación de estos nombres cuando el recuerdo de su origen y a la vez de su sentido ya se habían perdido ¹²⁹. Kantorowicz propone el paralelismo entre el nombre que designa cada una de las dos últimas partes y las primeras palabras de texto en cada una de ellas: *tres partes* y *operis «novi»*, en *tres partes* y *opus novum*. Aparte cree que también había podido influir para el nombre *novum* la denominación justi-

¹²⁷ Luego H. VAN DEN WOUW, aunque no en general sino sólo para el «Infortiatum», en *Zur Textgeschichte des Infortiatum und zu seiner Glossierung durch die frühen Bologneses Glossatoren*, IUS COMMUNE 11. De ahora en adelante «Zur Textgeschichte. » Este trabajo va acompañado de un *index manuscriptorum veterum infortiati* de GERO DOLEZALEK

¹²⁸ Nos referimos al Monasterio Normando que tuvo su época floreciente bajo la dirección de LANFRANCO, nacido en Pavia y fallecido en 1089, que fue el maestro (*antecessor*) de IVO DE CHARTRES

¹²⁹ KANTOROWICZ «Die Entstehung .», *op cit.*, SZ, 1910, p. 63

niana de la séptima parte del Digesto como *artículos novísimos digestorum*. El nombre de *vetus* habrá surgido como oposición a *novum*. Luego propone la palabra «carcer» como origen de «incarceratum»¹³⁰. Cierra su comentario con la cita literal de Dionisio Godofredo, en la nota que añade a la rúbrica de D. 24, 3 de su edición de 1583. Godofredo relaciona la palabra *infortiatum* con *custodia, carcere o vinculum*, y dice que no es de extrañar pues el título 24, 3 es *solutio matrimonii*¹³¹.

Hans van de Wouw, en la introducción a su trabajo sobre la historia del texto del *infortiatum* y sus glosas¹³², dice que sobre el significado del nombre *infortiatum* solo puede conjeturarse; no hay ningún elemento que aporte seguridad. Para este profesor holandés, *infortiatum* significa «Verstärke».

1.3.4.2. Momento cronológico en el que los autores ubican la partición

Veremos ahora en qué momento cronológico sitúa la doctrina científica el nacimiento de la tripartición, y, tal como se ha dicho antes, el testimonio del que los autores la hacen derivar. Mommsen sitúa la tripartición en el siglo X cuando en el trabajo preparatorio de la *editio maior*¹³³ dice que antes de Imerio, el descubrimiento del Ejemplar Pisano en el 1050 ayudó a completar lo que faltaba al ejemplar mutilado que se había encontrado en el siglo X, que ya tenía parte de la partición. En el Praefatio, en donde parece que ya no insiste en la idea de que el ejemplar origen de los Boloñeses (Codex Secundus) estaba mutilado, sino que se conforma con decir que el cotejo con el otro manuscrito originario no lo fue para todos los libros, afirma categóricamente que la partición de todos los Manuscritos Boloñeses es indicio seguro de su origen común. El origen común de los Boloñeses para Mommsen

¹³⁰ Debe reconocerse que la etimología propuesta es bastante alambicada.

¹³¹ KANTOROWICZ, en un trabajo posterior, «III Kritische Studien», SZ (1929), p. 55 y ss., desautoriza completamente la opinión de KRETSCHMAR al proponer el sentido del nombre *infortiatum*.

¹³² VAN DEN WOUW, *op. cit.*, p. 231.

¹³³ «Über die Kritische...», *op. cit.*, p. 126.

sen es S, y éste es copia de F, de ahí deducimos que Mommsen la partición la sitúa en aquel ejemplar ¹³⁴. Kantorowicz aunque discute a Mommsen una incongruencia de planteamiento en este punto, propone exactamente lo mismo que el editor del Digesto de 1870; la tripartición se encuentra en el Codex S, que sin embargo se habrá concebido unitariamente ¹³⁵. Guido Mor, que no trata en su extensa obra el problema sobre la «divisione ternaria o quaternaria» —con sus propias palabras— tiene en este punto una aportación de tipo negativo. Al hablar de la influencia del Digesto en el Edictum Rothario, se plantea si los textos allí citados se extrajeron de un extracto del Digesto o de un ejemplar completo. Dado que el Edicto Rothario tiene textos del Digestum *vetus, novum*, e incluso del *infortiatum*, concluye que el manuscrito debía presentar la división en libros y títulos y no la tripartición (o quatripartición) ¹³⁶. Pescani por su parte en una de las pocas referencias que hace a esta problemática, sitúa también en S el origen de la tripartición, al decir que P, V, U, L, los cuatro manuscritos más antiguos, que **probablemente** son los auténticos representantes de la litera Boloñesa, sólo tienen el Digestum Vetus ¹³⁷.

1.3.4.3. Razones que pueden explicar la partición

El tercer punto que hemos propuesto averiguar en la opinión de los autores es en definitiva el más importante. ¿A qué responde la tripartición? Nadie propone que la tripartición se deba a cuestiones dogmáticas. Solamente Sella, en un pequeño trabajo de 1934, en el que su objetivo principal era comentar el origen de

¹³⁴ *Praefatio LXIII: olim iis locis divulso*. Ya hemos dicho que MOMMSEN en el praefatio no quiere entrar en esta problemática.

¹³⁵ «Die Entstehung...», *op. cit.*, SZ, 1909, p. 212 y SZ, 1910, pp. 48 y 59. La unidad del Codex S es afirmada también por MIQUEL en «Mechanische Fehler...», *op. cit.* En «III Kritische Studien», *op. cit.*, discute la afirmación insólita de KRETSCHMAR de que la partición podía situarse en la propia época de Justiniano

¹⁴⁰ Un comentario curioso en este punto sería la denominación «Lex mundana»

¹³⁶ MOR, «Scritti di Storia...», *op. cit.*, p. 105. No entendemos qué concepto tenía MOR de la tripartición o quatripartición, ni mucho menos la relación que supone con la división sistemática de la obra.

¹³⁷ «Studi sul Digestum vetus», *op. cit.*, p. 160 Ya hemos dicho antes que este párrafo es para nosotros ininteligible.

las *Tres Partes*, vierte una afirmación que podría interpretarse así: Exactamente dice «e noto come il digesto sia diviso in vetus, infortiatum e novum, divisione dovuta a ragioni scolastiche¹³⁸». Kantorowicz, en su trabajo de 1910 propone una ingeniosa y atrevida idea; la tripartición se debe a una broma del copista. Dice Kantorowicz, y de hecho es cierto, que los manuscritos medievales están llenos de bromas y travesuras y que los copistas, en muchas ocasiones no entendían nada de lo que copiaban. Dado que la partición no es equilibrada en cuanto a la extensión¹³⁹, el copista sólo puede haber dividido por el sentido externo de las palabras. De *divortiis* choca con el título *solutio matrimonii*, y vuelve a dividirse donde se anuncia una nueva obra, *operis novum nuntiatione*. De ahí continúa Kantorowicz, el copista entusiasmado con su hallazgo para partir la obra, encuentra, como signo inequívoco del destino, las palabras *tres partes*. Para rendirles tributo iniciará un nuevo folio, y posiblemente un quaternio, que se iniciará con estas palabras y continuará el texto. Kantorowicz en un trabajo posterior critica a Kretschmar su teoría de la simbología de los números¹⁴⁰. Una opinión muy reciente en este punto, que nosotros nos atrevemos a calificar de realista, porque se aleja de

¹³⁸ PIETRO SELLA en la *RSDI* (1934), p. 587; FRIEDRICH EBRARD, basándose en una alambicada hipótesis sobre el plan de estudios en Constantinopla una vez finalizada la compilación justiniana, intenta conectar la tripartición del texto de la Vulgata con la división Justiniana del Digesto en 7 partes. Vid. *Digestenbande*, Studi in Memoria Paolo Koschker, Milan, 1954; vol. I, p. 181, Nadie ha seguido este planteamiento

¹³⁹ Tanto en el primer trabajo. «Die Entstehung...», p. 59, *SZ* (1910) como en «III Kritische Studien...», *op. cit.*, cuenta la extensión de cada una de las partes, 1.º según las hojas que ocupan en el manuscrito Florentino (respectivamente 332, 282 y 279 hojas), 2.º según los libros (24, 14 y 12 respectivamente sin ajustar), y 155, 103 y 170 títulos de los 428 que se contienen en el Index Florentino

¹⁴⁰ Un comentario curioso en este punto sería la denominación «Lex mundana» para la ley romana, suponemos que en oposición a la ley canónica. SAVIGNY, *op. cit.*, t. 1, p. 463 cita un manuscrito de la Panormita de Ivo de Chartres, en el que refiriéndose al Digesto, se cita textualmente la «lex mundana»

KANTOROWICZ en «III Kritische Studien...», *op. cit.*, desautoriza completamente la opinión de KRETSCHMAR sobre la magia de los números 3 (las divinidades), 4 (los elementos del mundo) y 7 (número mágico ya en la más antigua tradición helénica) Azón en la *Suma* al Codex (exactamente a la Constitución TAVTA, C. 1.17.2) ya había comentado sobre el misterio que envuelve al número 7

argumentaciones del mundo de la imaginación para buscarlas en el mundo de la materialidad, es la de Van de Wouw¹⁴¹. El moderno autor holandés propone que la partición sea el producto de pérdida de hojas, o mejor dicho quaternios, finales y primeras en un testimonio que originariamente habría estado dividido en dos volúmenes; el primero conteniendo los primeros 25 libros del Digesto, y el segundo conteniendo los 25 restantes hasta el libro 50. Van de Wouw llama la atención en el hecho de que en el Manuscrito Florentino se inicie un quaternio en el libro 26¹⁴², justo donde empieza el manuscrito, de los que se conocen, más antiguo del *infortiatum*, Vaticanus 1407 (W en editio maior). ¿Qué problema puede haber, según el autor, para suponer que en los tiempos más antiguos de la escuela de Bolonia el *Digestum vetus* acababa antes del principio del libro 26? En cuanto a la problemática de las tres partes, además de hacer una precisión muy acertada cuando dice que la más antigua tradición habla de las tres partes como distintas del *infortiatum*, pero distinto no es lo mismo que separado¹⁴³, propone una pérdida de hoja o quaternios en este segundo tomo, que indudablemente tenía que tener una enorme extensión^{144 y 144 A}.

¹⁴¹ «Zur Textgeschichte. .», *op cit.* El autor fundamenta sus afirmaciones en un conocimiento exhaustivo de los manuscritos del texto de la Vulgata

¹⁴² Editio maior, t. 1, p. 745, MOMMSEN indica que se inicia el quaternio 38.

¹⁴³ «Zur Textgeschichte. .», *op cit.* p. 237 «Dabei meint "Verscheiden" nicht notwendig «geschieden»

¹⁴⁴ «Zur Textgeschichte.. », *op cit.*, p. 244 y 245. La única crítica que podemos aportar a este magnífico trabajo es relativa al tratamiento que da al manuscrito Florentino. Ya suponemos que VAN DEN WOUW parte de la base de que el que en 1406 el manuscrito Florentino estuviera encuadernado en dos tomos, no excluye que en épocas anteriores la forma externa del manuscrito pudiera ser otra. Lo invariable son los quaternios, no la encuadernación. Ahora bien, a nuestro parecer, este punto merecería en su trabajo una mayor atención.

^{144A} De acuerdo con la atinada observación del profesor Aquilino Iglesia, que nos hizo ver el flanco que queda abierto en este trabajo, en relación al tema de la Tripartición medieval del Digesto, somos conscientes de que han quedado muchas opiniones por recoger, y de que a partir de nuestra investigación se podrían haber intentado verter resultados, que avanzaran en algún punto el problema que este tema ha planteado —desde hace tantos años— a la Tradición Manuscrita del Digesto. No obstante, ello requiere una incursión en la Historia del tránsito de la Alta a la Baja Edad Media en Italia, y, sobre todo, un estudio exhaustivo de los orígenes de la Universidad de Bolonia. El objetivo es sumamente atrayente, sobre

DIGESTUM VETUS

En este apartado se analizan individual y pormenorizadamente todas aquellas alteraciones que pueden tener el carácter de *error coniunctivus*¹⁴⁵ entre el Manuscrito Florentino y los representantes más antiguos del texto de la Vulgata¹⁴⁶. Las alteraciones tratadas han sido consideradas por los diversos autores con

todo, después de haber estudiado la problemática de la transmisión del Digesto desde el punto de vista de las variantes textuales; pero es más propio dar al resultado de la investigación de esta problemática un carácter unitario, sin que ello desvirtue en absoluto su carácter complementario en relación al presente trabajo.

Es importante señalar también que en conversación personal con el Profesor Gero Dolezalek, hemos podido saber que a partir del estudio de los manuscritos más antiguos de la Vulgata del Digesto, de su contenido, y de la determinación de su datación por quaternios, se puede llegar a resultados sorprendentes. Este estudio lo están llevando a cabo el citado profesor Dolezalek y el profesor Van de Wouw. Esperamos que su investigación se dé a conocer cuanto antes a la comunidad científica.

Remitimos al lector al apartado 5 de este trabajo, pues incide de pleno en el problema del Codex S y la Tripartición.

¹⁴⁵ El concepto de *error coniunctivus*, es decir, alteración en un punto/n que presenta uno o varios testimonios, y que sólo puede haberse originado por la peculiar y específica situación de otro testimonio anterior, en ese punto, puede estudiarse muy asequiblemente en Paul MAAS, *Crítica del texto* (traducción del alemán al italiano), anastática, Firenze 1980, pp. 53 y ss. En castellano, vid. Alberto BLECUA, *Manual de Crítica Textual*, Editorial Castalia, Madrid, 1983, p. 51, Juan GUTIÉRREZ CUADRADO, en el estudio preliminar de la edición del *Fuero de Ubeda*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, año 1979, habla de la «monogénesis» del error.

¹⁴⁶ De hecho, lo que va a encontrar el lector es un pormenorizado análisis de todas aquellas variantes que pudiera parecer tienen los citados efectos, aunque la calificación de *errores coniunctivi* no se apreciará en todas.

Téngase en cuenta que en la mayoría de los casos que se recogen en este apartado se cita la localización exacta del caso en el trabajo de Juan MIQUEL, *Caida de línea y «Omissio ex homeoteleuto»*. La correspondiente referencia a PESCANI en *Anali de la Faculta Giuridica de Camerino* (1966), *La Litera Florentina e Bononiensis* esta ya citada en el citado trabajo de MIQUEL.

valor de *error coniunctivus*, es decir, de mostrar la dependencia citada, y alteraciones que a la vista de su disposición en los testimonios pueden aparecer también con este valor. Por supuesto la conclusión a que se llega después del examen de cada una de ellas, no es siempre positiva en el sentido que comentamos, sino que en muchos casos, y ante la variedad de posibilidades que pueden haber originado la alteración, la conclusión tiene carácter negativo.

Variantes que pueden fundamentar dependencia entre F y el texto de la Vulgata

1. D. 5,1,18,1, (Mo. 166.36) Diagnóstico: ¿Caída de la línea de F? ¹⁴⁷.

SIRESNON/EXMALEFICIOVENIAT-

SEDEXCONTRACTUDE/BEAT —————Manuscrito Florentino, L^b

Si res.../...../ moneat P^b V y Liber Pauperum (Manuscrito

monead L^a Brugge 375) III, 1

ovea P^a

moveat U^a

Como puede observarse, hemos de estar de acuerdo con Miquel en calificar esta variante como posible caída de línea, aunque de difícil tipificabilidad, pues lo que omiten los testimonios del texto de Vulgata y la versión del Liber Pauperum no es exactamente la línea de F, sino que las tres últimas letras de la línea anterior de F también están omitidas y el esfuerzo de los correctores convierte *beat* en *moneat*, *moveat*, etc.

2. D. 5,3,25,5, (Mo. 190.15) Diagnóstico: Caída de línea de F ¹⁴⁸.

VERSARI/COEPITNIHILSENATUSLOQUI-

VIDETURPUTO/TAMENET —Manuscrito Florentino, P^b, V^b, L^b, U^b,

Versari/.../Tamen et P^a, V^a, L^a, U^a.

¹⁴⁷ MOMMSEN en el *Praefatio* LXVII, nota 2, comenta esta variante como prueba de dependencia entre Vulgatas y F. MIQUEL, *op. cit.*, corrige el aparato crítico de MOMMSEN, pues en Leipzig 873, al margen, está recogida la omisión.

¹⁴⁸ MIQUEL, *op. cit.*, pp. 227 y 230. Este fragmento se encuentra también en el *Liber Pauperum*, libro III, título 27, pero no en el texto principal, sino en el marginal. Por ello nos ha resultado difícil leer su contenido.

3. D. 8,1,7, (Mo. 250.24) Diagnóstico: Homeoteluto de *ad a ad* del copista de F???

En F¹ falta toda la lex 7 —incluida la inscripción— que F² recoge en el margen inferior ¹⁴⁹. El Manuscrito de Turín F II 14 tampoco tiene la lex 7 en el lugar correspondiente; en el microfilm del manuscrito puede apreciarse que al final del fragmento 6 hay un signo diacrítico que remite a un margen, en donde es de suponer estará recogido el texto. No obstante desde el microfilm no hemos podido encontrarlo. Tal como está descrito en el aparato crítico, en Leipzig 877 sí se encuentra la lex 7 pero sin solución de continuidad con el texto de la lex 8 y con la *inscriptio* correspondiente a la lex 8. Es decir, en este testimonio se ha perdido la *inscriptio* de la lex 7. Pero en el microfilm puede apreciarse que una mano posterior ha añadido interlinealmente la señal indicativa de que allí hay dos leges. Exactamente la transcripción del signo sería: L=1/2.

Nuestra valoración de la presente variante es la siguiente: Para que pueda valer como *error coniunctivus* lo primero que hay que demostrar es que la omisión de la lex 7 es una característica que individualiza al Manuscrito Florentino.

Si tenemos en cuenta que el texto 7 paradójicamente tiene menos extensión en su contenido que en su inscripción; que la última palabra del texto anterior es *potest*, y la última palabra del texto 7 es *est* —y por tanto cabría perfectamente un homeoteleuto de uno a otro—, no podemos decir que la omisión del texto 7 individualice al Florentino, porque fácilmente pueden haber caído otros en esta omisión. Es más, en este título sólo hay dos textos de Ulpiano —exactamente el 2 y el 7—; el 2 corresponde al libro 17 *ad edictum* y el 7 al libro 13 *ad legem Iuliam et Papiam*. Por lo tanto no puede negarse la posibilidad de que este texto se añadiera en la propia Cancillería de Justiniano, y el Manuscrito Florentino no hiciera más que recibir un añadido de testimonios anteriores a él.

En definitiva creemos que este caso es extremadamente interesante, pero del que no pueden extraerse conclusiones estemáticas.

¹⁴⁹ Tener en cuenta que la descripción de MOMMSEN en el aparato crítico es incorrecta

4. D. 14,1,1,7, (Mo. 415.31) Diagnóstico: Caída de línea de F¹⁵⁰.

EAMREM/PRAEPOSITUSSITUT-
PUTASIADONUSVEHEN/DUM—Manuscrito Florentino, L^bU^b
eam rem/...../dum P V L^a U^a

El diagnóstico coincidente de Mommsen y Miquel como error coniuictivus nos exime del comentario sobre esta variante.

5. D. 19,1,13,7 (Mo. 548.37) Diagnóstico: Caída de línea? ¹⁵¹.
IPSI/TUTORES VENDIDERUN-
EXEMPTOEOSTE/NERI—Manuscrito Florentino
Ipsi/.....te/neri P V U^a

No dudamos de que existe un argumento convincente para diagnosticar esta variante como «caída de línea» pues P V U^a pueden muy bien haber añadido *te* para completar un *neri* que por si solo no tiene sentido. *Teneri* además es un vocablo que se encuentra infinidad de veces en un manuscrito jurídico y en nuestro caso da sentido a la oración que resulta con el salto de palabras. No obstante, y dado que las consecuencias estemáticas de un error mecánico como éste pueden ser tan importantes, desde este trabajo preferimos sumarnos a la prudente opinión de Juan Miquel que califica esta omisión como no tipificable.

6. D. 19,1,49,pr. (Mo. 557.8) Diagnóstico: Caída de línea ¹⁵².
COLONUM/ETQUINQUENNIIPENSIONES-
INFIDEMSUAM/RECI—Manuscrito Florentino y U^b ¹⁵³
Colonum/..../reci P; Turín F II 14, U^a V

Quinquenii *possessionem* in fidem suam colonum recipiat L
Creemos con Juan Miquel que esta variante es una caída de línea de F. En los manuscritos más antiguos, París 4450 y Vaticano 1406 no está la frase de primera mano. El manuscrito de Padua tampoco la tiene de primera mano; en Leipzig se encuentra

¹⁵⁰ *Praefatio* de MOMMSEN LXVII, nota 3, como ejemplo de *error coniuictivus* y MIQUEL, *op. cit.*, p. 232, como *error coniuictivus* diagnosticado como Caída de línea.

¹⁵¹ MOMMSEN en *Praefatio* LXVII, nota 4, como ejemplo de *error coniuictivus*. MIQUEL, *op. cit.*, p. 232.

¹⁵² MIQUEL, *op. cit.*, p. 233. Para una exégesis del contenido, vid. Ricardo PANERO, «*Collusio cum imaginario colono a venditore facta*», *BIDR* (1981), pp. 23 y ss.

¹⁵³ U^b anota *ex Pisis*.

recogida en texto, de primera mano, con una variación terminológica y ligera descolocación de algunas palabras. También se encuentra en Brugge 375 (Manuscrito del Liber Pauperum) IV, 46, de primera mano. Esto no es obstáculo para continuar sosteniendo que haya una caída de línea de F, pues la recuperación puede tener el mismo origen que la del manuscrito de Padua donde entra en el margen. Lo importante es que tres de los manuscritos más antiguos del *Digestum vetus* coinciden en una omisión que justamente forma línea en el Manuscrito Florentino.

7. D. 23,2,45,6, (663.38) Diagnóstico: Caída de línea ¹⁵⁴.

VEREOR/NEPOSSITISTACONUBIUM-

HABERENUBENDO/QUEMADMODUM----Manuscrito Florentino P^bV^bL^b U^b ¹⁵⁵

Vereor/...../quemadmodum----P^a V^aL^aU^a

No puede haber otra razón para explicar esta omisión, coincidente en todas las Vulgatas más antiguas, que la calificación que hemos mencionado. Este diagnóstico resulta tan evidente que no exige mayor comentario.

8. D. 23,2,57 y 57a (Mo. 665.11) Diagnóstico: Error de lectura del copista.

SECUNDODEADULTERIISPAPINIANIMARCIANUS —Manuscrito Florentino y Turín FII 14.

adulteri spania.....—L873 P y U

No hay duda que el error de lectura que traslada la *s* final de la palabra *adulteriis* a la letra inicial de la palabra *Papiniani*, convirtiéndola en *spania*, está causado por un modelo que no tiene separación de palabras, en nuestro caso en uncial. Ahora bien debería demostrarse que la disposición de estas palabras en F, que indudablemente inducen al error que comentamos, no puede darse en cualquier otro testimonio en uncial. Por ello señalamos esta variante pero no la tomamos en cuenta en sus posibles consecuencias estemáticas ¹⁵⁶.

¹⁵⁴ MIQUEL, *op. cit.*, p. 233. Para un comentario dogmático del texto, vid. VOLTERRA, *BIDR*, 1972, p. 319.

¹⁵⁵ Tener en cuenta que MIQUEL corrige aquí el aparato crítico de MOMMSEN.

¹⁵⁶ Este fragmento tiene otro problema de crítica textual; en F y en los Manuscritos Boloñeses los fragmentos 57 y 57 a) de la edición de MOMMSEN están unidos: MOMMSEN los separa, y en el aparato crítico lo justifica en las fuentes orien-

9. D. 23,3,5,12 (Mo. 669.28) Diagnóstico: Homeoteleuto a derecha.

QUASIPATREMIDQUAMQUASI-

CURATOREMFECI —Manuscrito Florentino, L², Turín FII 14²

Quasi patrem...fecisse—P V U L 1 Turín FII 14¹

Relacionamos aquí esta variante pero no vamos a darle consecuencias estemáticas. Es sabido que en un homeoteleuto pueden caer diversos testimonios, independientemente, máxime cuando es de pequeña extensión como el que ahora nos ocupa. No obstante, queremos llamar la atención del lector en la disposición de las letras *rem* y *rem* en el Manuscrito Florentino. Están en la misma línea, son exactamente iguales y no hay duda de que el Manuscrito Florentino podría haber inducido a este error. Pero como esta disposición no individualiza al Manuscrito Florentino, no puede darse a esta variante un valor superior que el de unir entre sí los Manuscritos Boloñeses, pero no unirlos a su vez con F¹⁵⁷.

10. D. 23,3,7, pr. 1 y 2 (Mo. 670.4 a 7) Diagnóstico: Corrección de F que puede haber causado la confusión de los testimonios del texto de la Vulgata.

tales y en la inscripción, que es distinta, aunque los dos textos sean de Marciano. Vid LENEL, *Palingenesia*, vol. 1, pp. 679 y 806. En la fotocopia del Manuscrito de Turín puede apreciarse el texto 57 se atribuye a Modestino. Sin solución de continuidad se añade el fragmento de Papiniano Marciano —sin el error de *spaniam*, pero con un homeoteleuto de *concurrunt a vestrorum* (Mo. p 656.15), sigue la Lex 59, pero dejando el espacio para la inscripción en blanco. Sigue la Lex 58 de Marciano. A partir de este punto ya es correcta.

¹⁵⁷ Este texto tiene otro problema de crítica textual. F y todas las Vulgatas inician un nuevo fragmento en *Juliano libro 19 digestorum* (Mo 669.28) MOMMSEN con base en la tradición oriental presenta un fragmento unitario. En Leipzig 873 el fragmento 5 de la editio maior está dispuesto en cuatro fragmentos distintos (que corresponden a las líneas 26 y 28 de la p. 669, y a la línea 34, p. 668, Papiniano, Juliano y Marcelo, respectivamente) El aparato crítico cita otro homeoteleuto desde *pater heres exstiterit* (línea 30) hasta *pater heres exstiterit* (línea 31), Leipzig 873 no tiene la omisión

ONERAMATRIMONIISUBEATAEQUUMEST-
 EUMETIAMFRUCTUSPERCIPERE- (lo subrayado co-
 SIFRUCTUSCONSTANTEMATRIMONIO rresponde a lo re-
 cogido por el co-
 rrector de F).

En P^a V U y Turín las omisiones no coinciden con lo omitido en F, pero aquéllas tienen en común que finalizan en el mismo sitio: *fuert in dotem* (la omisión de Turín FII 14 coincide casi exactamente con dos líneas de F) Leipzig 873 tiene todo el parágrafo 1 —desde *Si fructus* a *Si usus*— corregido por una mano posterior que borró y escribió encima. Por ello no puede saberse qué es lo que realmente había omitido.

La expresión cautelosa que hemos utilizado en el diagnóstico ya manifiesta nuestra opinión sobre las consecuencias de esta variante. Las omisiones del texto de la Vulgata, aunque no coincidentes, tienen que tener origen común. La disposición de la corrección del homeoteleuto en F no es prueba de que F sea este origen común. Ello no obsta para que se relacione en este lugar aunque renunciemos a fundamentar en él ninguna consecuencia.

11. D. 23,3,9,1, (Mo. 679 y 671) Diagnóstico: *Insertio alieno.*
 D. 23,3,10,pr. líneas 33 y loco.
 22 respect.)¹⁵⁸

En el fragmento 10 pr. el copista de F¹ sufre un homeoteleuto de *mulier a mulier* que el corrector recoge en el margen central. El signo diacrítico que señala dónde debe ir lo que se ha omitido es ambivalente y a causa de ello el que copió teniendo como modelo a F interpretó el signo erróneamente e introdujo la frase inadecuadamente. Los manuscritos más antiguos del *Digestum vetus*, incluido el de Turín manifiestan el error, aunque P y L, de segunda mano y marginalmente, hayan introducido lo omitido donde corresponde.

La significación de ésta variante es extraordinaria. Cualquier intento dirigido a desvirtuar su valor de *error coniunctivus* requiere artificios¹⁵⁹ como el que hace Pescani diciendo que el error ya

¹⁵⁸ *Praefatio*, MOMSEN LXVII. En el 2.º volumen puede verse un apógrafo del manuscrito florentino que reproduce la situación de F en este punto PESCANI, *op cit*, p. 311 y MIQUEL, *op cit.*, p. 223

¹⁵⁹ MIQUEL, *op. cit.*, p 223, califica irónicamente la opinión de PESCANI

está en el modelo de F (Φ), y que la corrección en el margen central se le añade a F posteriormente. Esta imaginativa explicación es mucho menos verosímil que la de Mommsen expuesta más arriba. Cabría también pensar que dado que se preconiza la regularidad de la escritura uncial y la similitud de la técnica correctora, podrían haber varios ejemplares que manifestaran la misma situación en este punto. No obstante, como ya ha probado Juan Miquel, regularidad de la escritura uncial no es stijometría; cuanto más alejado esté el texto de la inscripción, es decir del principio, menos posibilidades existen de coincidencia en la colocación de las letras por línea con otro hipotético ejemplar coetáneo ¹⁶⁰. En el caso a que nos referimos, la palabra *invito* (Mo.670.33) detrás de la que se coloca, erróneamente, en el texto de los testimonios de la Vulgata, la omisión recogida en el margen central, está suficientemente alejada del principio como para no permitir la suposición de que en otro ejemplar estaría colocada en el mismo sitio.

Por ello esta variante se contabilizará con los *errores coniunctivi*.

12. D. 24,1,11,2, (702.2) Diagnóstico: Homeoteleuto que produce caída de línea de F???

ESTEOTEMPOREADQUODTRADITIO-

REDIGITURIDEST —Manuscrito Florentino, P^bL^bU^b V^b?? Turín

F II-1

est.....— P^aL^a U^a , V^a???

Como puede verse lo omitido en los manuscritos más antiguos del texto de la Vulgata no corresponde a una línea de F. No obstante la exacta correspondencia de las tres primeras y las tres últimas letras de la línea, y el hecho de que las últimas se extralimitaran de la medida de las demás líneas de la columna, puede haber sido determinante para la omisión. No sumamos a las palabras de Miquel referidas exactamente a este caso: «Los modos de equivocarse del copista resultan ser más ricos que nuestra tipología de errores. Aquí ya lo prudente sea practicar el “ars nes-

¹⁶⁰ Vid. Juan MIQUEL, «Mechanische Fehler in der Überlieferung», pp 240 y 241. Sobre la stijometría, ver la bibliografía allí citada, del mismo autor, «Caída de línea y “omissio”, *op. cit.*, p. 228

¹⁶¹ MIQUEL, *op. cit.*, pp. 232 y 239

ciendi” en forma de censura: La observación atípica se cuenta pero no se sacan conclusiones de ella.»

En los microfilms de los Manuscritos Vaticano 1406 y Leipzig 873 puede apreciarse que en este fragmento, del párrafo 2 al párrafo 7, se omiten una cantidad considerable de palabras. La omisión de ambos testimonios no es coincidente en su extensión, pues Vaticano omite desde *eo tempore...* hasta *tradiderit et decesserit* (Mo. 702, líneas 2 a 15); la omisión de Leipzig es menor: desde *Si filiae familias* (aquí se inicia en el mismo texto de Ulpiano la opinión de los Sabinianos en el problema que se plantea) hasta *mortis causa* (Mo. 702, líneas 3 a 7). En los demás manuscritos no se encuentra esta omisión. El elemento común de la omisión en los testimonios que comentamos es que en texto hay un espacio en blanco dejado por el copista. En el Manuscrito Vaticano es considerable, mientras que en Leipzig el espacio no llega ni a la extensión de una línea. Lo que está bien claro es que los copistas de ambos testimonios sabían que ahí faltaba algo en su modelo, o no entendieron lo que ponía en su modelo. De cualquier manera, en F, el texto omitido en estos testimonios no tiene ninguna particularidad, por lo que no une Vulgatas con F¹⁶².

13. D. 24,1,31,5 y 6 (Mo. 706.7 y 8) Diagnóstico: Homeoteleuto que produce caída de dos líneas de F.

AUTERRONEMPRAESTENTIDESTINTEGRAESSE
 ACTIONESAEDILICIASETEXEMPTOQUODVIRUXORI
 INDIEMDEBETSINEMETUDONATIONISPRAE
 STENTIDESTINTEGRAESSESENSSOLVEREPOTEST----Manus-
 crito Florentino, P^b U^b L^b y Turín FII 14
 Aut erronem praestent id est integras esse

.....

.....

.....solvere potest.-----P^a V U^a L^a

Averiguar el proceso de esta corruptela es un reto para la imaginación. La corruptela que se manifiesta en F debe achacarse necesariamente a su copista; homeoteleuto de *prae* a *prae* que cau-

¹⁶² En el aparato crítico de MOMMSEN no hay ninguna referencia a esta omisión.

sa una ditografía ¹⁶³. El propio copista se da cuenta del error, inutiliza las letras repetidas con el correspondiente signo y continúa correctamente. ¿Qué relación puede tener esta corruptela con la coincidente omisión de casi todos los manuscritos del texto de la Vulgata más antiguos? La omisión del texto de la Vulgata corresponde a dos líneas completas de F y a cuatro letras más de la siguiente línea (*sens*). Sin conocer previamente la disposición de este grupo de palabras en F es difícil explicarse la omisión del texto de la Vulgata, pues no hay similitud entre las letras anteriores y últimas de la omisión para explicar el salto. No obstante a la vista de F el error se hace más inteligible; la causa del error del texto de los testimonios de la Vulgata es realmente un homeoteleuto del que copiaba el Manuscrito F —y ya hemos dicho que la corruptela de F era de su propio copista— que salta de *STENTIDESTINTEGRASESSE* a *STENTIDESTINTEGRASESSE*. El único elemento que no encaja en esta hipótesis lo constituye las cuatro últimas letras que omite el texto de la Vulgata, *sens*. De acuerdo con la explicación que nosotros damos a la corruptela estas cuatro letras no deberían haberse omitido. Creemos no obstante que no forzamos la hipótesis al suponer que el copista que sufrió el homeoteleuto saltó también estas cuatro letras sin sentido y la primera palabra que copió fue *solvere*. Esta hipótesis puede rechazarse: se podría decir que F manifiesta una corruptela que ya existía en su modelo; éste tendría la omisión recogida en el margen y el copista de F sufrió la confusión, a causa de querer entrar en el texto lo que en su modelo estaba en el margen. Desde este trabajo, aun reconociendo la plausibilidad de esta alambicada hipótesis, creemos que tendría que explicar por qué un copista, que está atento a su trabajo ya que entra en texto lo recogido marginalmente, salta de *prae* a *stent* sin que esta última palabra tenga ningún sentido. Creemos que es más lógico pensar que el copista de F, que tenía un texto correcto en el modelo, saltó de *prae* o *prae*; esto dio lugar a la repetición de unas pocas letras pues enseguida percibió su error y se apresuró a corregirlo. En definitiva y para contestar a nuestra pregunta ante-

¹⁶³ Para ambos tipos de corruptelas, vid. MIOUÉL, «Mechanische Fehler», pp. 254 y 255.

rior: la relación que existe entre la corruptela de F y la coincidente omisión de todos los manuscritos más antiguos del texto de la Vulgata se materializa en el homeoteleuto sufrido por el manuscrito modelo de los de la Vulgata (Secundus?) que conllevará la omisión en todos ellos, de primera mano, que luego recuperaran posiblemente de manera independiente ¹⁶⁴.

RECAPITULACION

En definitiva, de los trece casos plantados y comentados estimamos que tienen indiscutible valor estemático, es decir que pueden servir de prueba de que los Manuscritos Boloñeses dependen del Manuscrito Florentino. Estos son los siguientes:

- Núm. 2 de este trabajo ... D. 5,3,25,5.
- Núm. 4 de este trabajo ... D. 14,1,1,7.
- Núm. 6 de este trabajo ... D. 19,1,49.
- Núm. 7 de este trabajo ... D. 23,2,45,6.
- Núm. 11 de este trabajo ... D. 23,3,9,1.
- Núm. 13 de este trabajo ... D. 24,1,31,5 y 6.

No relacionamos tres casos más porque tienen una pequeña dificultad que no les permite ajustarse exactamente a la corruptela que les daría el valor de los anteriores. No obstante creemos merecen cita aparte. Estos son:

- Núm. 1 de este trabajo ... D. 5,1,18,1.
- Núm. 5 de este trabajo ... D. 19,1,13,7.
- Núm. 12 de este trabajo ... D. 24,1,11,2.

Los tres casos son asimilables a caída de línea. De los demás casos y después del análisis pormenorizado, puede rechazarse su valor estemático.

¹⁶⁴ No queremos pasar por alto D. 23,2,43,12 (ya citado en el primer apartado). En este fragmento, el manuscrito P de primera mano y Vaticano 1406 omiten una secuencia considerable. No hemos querido ver relevancia estemática en la omisión por dos causas; primera, porque cotejados los manuscritos L y U no coinciden en la omisión, y segunda, porque el fragmento de que se trata repite muchas veces una misma palabra con lo que la posibilidad de omisión por homeoteleuto es mayor.

Variantes entre el texto del Manuscrito Florentino y el texto coincidente en varios o todos los representantes más antiguos de los testimonios Boloñeses

1. D. 1,2,2,43, (Mo. 9.8)

SERVIUS ————— Manuscrito Florentino
 Servius autem Sulpicius ————— Berlín 269 (R), P, V, U ¹⁶⁵.

El propio Mommsen recupera el añadido en el texto de la edición. Realmente lo que hay que preguntarse en este caso es por qué F perdió estas dos palabras. El copista de este testimonio podía haber saltado de *ius* a *ius*. Lo importante aquí es que en los manuscritos más antiguos del texto de la Vulgata el añadido está recogido en texto de primera mano, y en Berlín 269 también.

2. D. 1,5,17, (Mo. 16.33)

INORBEROMANO ————— Florentino y Berlín 269, escolio de Estéfano.

In urbe romana ————— P V U ¹⁶⁶.

En realidad esta variante no tiene suficiente entidad para estar aquí relacionada, a no ser por la diversa significación de los dos vocablos, sobre todo en la concreta realidad en la que se desarrolló el Derecho Romano. En base a ello no se le va a contabilizar en el cómputo general.

3. D. 2,13,10,2, (Mo. 61.33)

SIACAPITE ————— F¹

¹⁶⁵ KANTOROWICZ, «Uber die Entstehung der Digesten-vulgata», SZ, 1909, p. 228, propone la recuperación del añadido negando un origen conjetural del mismo; R RÖHLE, en *Das Berliner Institutionen und Digestenfragment Ms. Lat. Fol. N. 269*, comenta esta variante del Manuscrito Berlínés y propone su recuperación. Este fragmento se encuentra recogido en el *Liber Pauperum*, Prólogo IV. Nosotros hemos cotejado dicha obra sólo en el Manuscrito Brugge 375 que no tiene prólogo. Por ello, no nos es posible conocer el tenor exacto de esta lección.

¹⁶⁶ MOMMSEN cita expresamente este caso en el *Praefatio* LXII, núm. 5, calificándolo de interpolación escolástica, calificación en la que está de acuerdo KANTOROWICZ, *op. cit.*, 241 PESCANI, en *La posizione del R nella tradizione della «Littera Bononiensis»*, p. 679 también lo califica de «congeture di qualche dotto».

Citamos como similar a este caso D. 9,4,2,1, en el que la lección de F es *lege antiqua* y la lección coincidente en los representantes del texto de la Vulgata es *Lege XII Tabularum*. KANTOROWICZ, *op. cit.*, pp. 244, considera que es una glosa de S entrada en el texto de la Vulgata como glosema.

Si a capite edatur nam ratio ni a *capite*——P V L U nisi e

Si a capite edatur nam ratio ni—————F²

La corruptela puede explicarse de la siguiente manera: el copista de F salta de un *capite* a otro; esta omisión por homeoteleuto queda recogida en margen ya sea por el corrector o por el propio copista (para Mommsen el corrector), pero olvidando recuperar la última palabra omitida, *capite*. Por el contrario todas las versiones del texto de la Vulgata recogen el *capite* de primera mano. Por lo que hay que reconducir la variante al manuscrito madre de la Vulgata, Codex Secundus. Es improbable que este codex añadiera el *capite* por conjetura. ¿En qué fuente puede encontrarse el origen de este *capite*? Como en el caso anterior no vamos a contabilizarlo para extraer de él consecuencias estemáticas, pero sí hemos creído necesario relacionarlo en el presente grupo.

4. D. 2,15,14, (Mo. 78.19 y 20)

TRANSACTIONEMFECISSENT

SI-ALIICREDITORES—————F

Transactionem fecissent id observandum de aere alieno quod inter eos *convenisset*. Si alii

creditores-----L y Turín FII 14. Anónimo, Stefano y Cirilo. También en Liber Pauperum II, 6 (Manuscrito Brugge 375).

Esta variante ha sido objeto de atención especial en muchos de los trabajos sobre la tradición manuscrita del Digesto ¹⁶⁷. Sin

¹⁶⁷ En la edición de GODOFREDO, la frase no está incorporada al texto, pero sí consta expresamente que HALOANDRO la introduce. Curiosamente, CUACIO, al comentar el texto, no hace referencia a esta problemática, cuando hubiera sido un argumento más para sostener su teoría. SAVIGNY, *op. cit.*, p. 685, nota e), relaciona el caso con los suplementos espúreos, o al menos inciertos. Suponemos que la opinión de este autor viene determinada principalmente porque tiene por sí misma unidad de sentido, por lo que podía tener origen glosatorio. MOMMSEN introduce el añadido Boloñés en texto. En el *Praefatio* comenta el añadido (LXX) en el punto en donde habla de las «Verae emendationes Bononiensium in quibus partibus digestorum reperiantur». En el trabajo preparatorio de la edición «Uber die kritische Grundlage unseres Digestentextes», en la *Gesammelte Schriften* (Juristische), p. 117, dá este añadido como de segura autenticidad y lo fundamenta, principalmente, en que la traducción literal del mismo se encuentra en los escolios

duda alguna, como dice Mommsen, el origen de la corruptela de F es un homeoteleuto de *fecissent* a *convenisset*. La particularidad está en que todos los Manuscritos Boloñeses, y en el Liber Pauperum, de primera mano, y en el lugar correspondiente, se encuentra recogido el añadido ¹⁶⁸. En la tradición oriental también se encuentra, y con traducción casi literal.

5. D. 3,5,18,pr. (Mo. 103.20)

nihil habuit et *si postea habuit* sibi postea solvere

Lo que está subrayado falta en el Manuscrito Florentino. La versión de los Boloñeses, coincidente en todos los testimonios, tal como ha quedado transcrita. En Liber Pauperum II, 14 (Manuscrito Brugge 375) está como en los Boloñeses. Las Basílicas (El Anónimo) tiene la traducción, casi al pie de la letra, de la versión completa.

Mommsen comenta esta variante en el *Praefatio* ¹⁶⁹ como uno de los casos en que el Codex S se ha mejorado desde un «arquety-po secundo». Nosotros además suponemos que la omisión de F se debe a que el copista saltó de *si* a *sibi*. La coincidencia de lo añadido no sólo en los testimonios Boloñeses sino en la tradición griega permite situar esta variante en este apartado.

6. D. 5,3,13,14, (Mo. 185.11)

¹⁷⁰ Marcellus libro quarto digestorum *tractat*—Manuscrito Flor.
 Marcellus libro quarto digestorum *scribi tractat* —————L^a
 Marcellus libro quarto digestorum *scribi*—————P V U L^b

Para Mommsen y Kantorowicz ¹⁷¹ la variante se ha originado

de las Basílicas KANTOROWICZ, en «Uber die Entstehung» (1909), p. 223 texto y nota 1 y p. 232 nota 15^a. Este autor considera que éste es uno de los casos en que el texto de F se mejoró a partir de un extracto de las Pandectas. (Ver en el resumen de la hipótesis de KANTOROWICZ de este trabajo, la cita de este caso.) En la actualidad, el profesor PESET, en una publicación sobre el epistolario entre dos ilustres del siglo XVIII, MAYANS y NEBOT, ha transcrito una carta en la que se plantean el problema que ahora nos ocupa.

En relación a la *transactio* puede consultarse un trabajo del profesor Juan FREIXAS en *AHDE* (49), 1979, p. 643

¹⁶⁸ En el Manuscrito de Turín FII14 no está recogido el añadido.

¹⁶⁹ MOMMSEN, *Praefatio* LXX.

¹⁷⁰ El párrafo 14 está recogido en *Liber Pauperum* III, 26, pero justamente toda esta secuencia, es de suponer que por su carácter de inscripción, está omitida.

¹⁷¹ MOMMSEN, en el *Praefatio* LXVIII, y KANTOROWICZ, *op. cit.*, p. 220.

en el Codex S. Para el editor del Digesto el segundo «arquetipo» ha sido la causa de la modificación, mientras que para el crítico de la edición es el Codex S; pues —como dice Kantorowicz— podría decirse que en el Codex S, *scribit* y *tractat* son sinónimos. La argumentación es, desde luego lógica; nosotros no obstante nos hemos fijado en el detalle de que el propio fragmento, unas líneas más arriba, tiene la lección siguiente: *Celsus libro quarto digestorum scribit* (Mo. 185.6 y 7). Dada la similitud de la inscripción, y por ello, ha de tenerse en cuenta la posibilidad de que la variante que comentamos, tenga su origen en la inscripción anterior.

7. D. 6,1,42, (Mo. 208.7)

*si non possideat absolvatur tamen si quid ex persona defuncti*¹⁷²

El aparato crítico de la *editio maior* cita a los testimonios PL y U como portadores, de primera mano, de todo este añadido en relación a F. Nosotros hemos comprobado que en el Manuscrito Vaticano 1406 y en Turín FII 14 la situación es la misma que en los citados por Mommsen. Como dice Miquel, parece lógico pensar que el copista de F debió saltar desde *si non* hasta *si quid ex*, y el corrector no percibió la omisión. Desde el punto de vista temático, lo que tiene más importancia es que se encuentre recogida en los más antiguos representantes del texto de la Vulgata y de primera mano, lo que quiere decir que el testimonio del que decenden todos estos manuscritos, directamente o a través de otros intermedios, tenía recogido el añadido. Mommsen no lo recoge en el texto de su edición, lo que es contradictorio con lo que dice al respecto en la obra preparatoria y el *Praefatio*. La versión de la tradición griega —Anónimo y Stefano— no permite fundamentar una decisión pues el lenguaje utilizado en este punto es muy conciso. Para nosotros es un caso con entidad suficiente para formar parte del apartado que ahora tratamos.

¹⁷² SAVIGNY, *Storia del Diritto Romano nel medioevo* (traducción ya citada, v. 1, p. 685; MOMMSEN en «Uber die kritische», *op. cit.*, p. 117, entre los añadidos que considera auténticos. En el *Praefatio LXX* está citado como uno de los 34 casos en que MOMMSEN deja hablar a la Vulgata, y en el mismo *Praefatio XXXVIII*, nota 2, cuando comenta anotaciones posteriores hechas en F que manifiestan, lugares en los que debe entenderse que hay una omisión. MIQUEL en «Mechanische Fehler», *op. cit.*, p. 248 cuando plantea los casos en que una línea del modelo de F, caída en F, no se recupera por el corrector. Vid. en este último trabajo, citado el proceso de la corruptela.

8. D. 8,4,1,1, (Mo. 264.10)

habet praedium nec quisquam debere nisi qui habet praedium ¹⁷³

Lo subrayado es una añadido en relación a F que se encuentra en todos los testimonios del texto de la Vulgata consultados por Mommsen, P, V, U y L^b. Por el contrario L^a tiene la versión exacta del Manuscrito Florentino. La autenticidad del añadido es cuestionable; desde luego no es necesaria para el entendimiento del texto y el *nec* con que se inicia el añadido, además de su propio contenido, insinúan una glosa. No obstante la presencia, de primera mano, en tres representantes del texto de la Vulgata y en otro recogido al margen, lo que ya indica que el corrector lo consideró auténtico, son datos que obligan a tener en cuenta esta variante en nuestra relación.

9. D. 9,2,17, (Mo. 281.29)

actione tenebitur si coniunctum duobus legetur stichus et alter eorum occisum repudiaverit, puto coinunctum solum posse aquilia agere quia retro adcrevisse dominium ei videretur.

Lo que está subrayado se encuentra añadido de primera mano en todos los manuscritos consultados por Mommsen, en cambio no está en el Liber Pauperum III, 45, versión del Manuscrito Brugge 375. El añadido es desconocido en la tradición griega; según indica Mommsen el contenido del añadido se encuentra en los fragmentos 34 y 35 del mismo título (un dato importante es que el fragmento 35 tiene la misma inscripción que el que ahora comentamos, por lo que no hay que descartar la hipótesis de la variante de autor). El copista de F pudo saltar de *tenebitur* a *videretur* y el manuscrito madre de las Vulgatas recogerlo desde otro ejemplar con el que pudiera cotejar. No obstante la extensión de este añadido hace muy improbable esta hipótesis. Breckmann tampoco recoge en texto el añadido ¹⁷⁴.

10 D. 9,2,36,1, (Mo. 289.11)

postea Maevius exititerit heres non habebit Maevius cum Titio

¹⁷³ KANTOROWICZ, *op. cit.*, p. 226, al comentar que S se mejoró también con un extracto de Pandectas, lo agrupa en una relación «especial». Por el contrario MOMMSEN cree que el añadido ha llegado desde las Instituciones.

¹⁷⁴ VAN DEN BERGH y STOLTE jr en «The Unfinished», *TR*, 1977, p. 268, al editar el título 2 del libro 9 según las notas de BRECKMANN. Vid *Praefatio* ed. maior, LXIII MOMMSEN considera que esta variante es prueba del Codex S.

Lo subrayado se encuentra en todos los manuscritos del texto de la Vulgata consultados por Mommsen, de primera mano, excepto en P, en donde se encuentra en el margen una oración más larga que el añadido. El Manuscrito de Turín FII 14 también tiene el añadido en texto, de primera mano ¹⁷⁵. Todos los autores que han comentado el añadido coinciden en considerarlo auténtico y en diagnosticar el homoteleuto que sufre el copista de F. Por lo que a nosotros interesa lo retenemos como uno más de los casos en que la versión Boloñesa es distinta que la de F.

11. D. 9,3,5,5, (Mo. 295.15)

1. neque in heredem datur neque heredi similibusque personis
2. neque in heredem sed nec heredi similibusque personis datur nam

La versión 1 corresponde a la que dá Mommsen en su edición y que suponemos surge de la traducción literal, en lo posible, de Basílicas v Ποπαί ¹⁷⁶ y de la *emmendatio* del propio editor para fundamentar la caída en homeoteleuto. La versión 2 corresponde a la de los manuscritos cotejados por Mommsen para la edición, P V U que también es la versión del Manuscrito Turín FII 14. Sin embargo, la versión de L, *omnibus (a)equae personis* parece una manera de expresar concisamente la expresión Boloñesa. Lo curioso es que se encuentre de primera mano en este testimonio ¹⁷⁷. En cualquier caso el texto añadido en la versión del texto de la Vulgata, coincidente con el texto de la tradición griega, represen-

¹⁷⁵ SAVIGNY, *op. cit.*, p. 685 en la relación de los añadidos que considera auténticos MOMMSEN en «Uber die kritische», p. 118, entre los que considera auténticos JUAN MIQUEL en «Mechanische Fehler», *op. cit.*, p. 255, cuando cita ejemplos paradigmáticos de omisiones *ex homoteleuto*. Vid. el comentario de BRENNMANN a esta variante en VAN DEN BERGH y STOLTE jr., *op. cit.*, p. 232, en donde lo reproducen. Estos autores, al hablar de la opinión de BRENNMANN sobre la edición de TORELLI, citan de nuevo este comentario.

¹⁷⁶ La última publicación sobre los Ποπαί', se ha realizado en Italia, Nápoles (1984), Sitzia, Francesco.

¹⁷⁷ SAVIGNY, *op. cit.*, entre los que tiene por auténticos MOMMSEN en «Uber die kritische», *op. cit.*, p. 120 pone en duda su autenticidad por el *sed nec* que puede hacer pensar en una glosa. KANTOROWICZ en «Die Entstehung», p. 241, como uno de los principales casos en que la autenticidad es indiscutible. JUAN MIQUEL en *Mechanische Fehler*, p. 255 como caso paradigmático de omisión por homeoteleuto.

ta una variante considerable en relación a la lección del Manuscrito F ¹⁷⁸.

12. D. 9,3,5,11 y 12 (Mo. 296.13)

id quod positum est (erat) sive non nocuit. Si id quod positum est (erat) deciderit

Los manuscritos P y V tienen la versión expuesta arriba que también tiene Turín FII 14; L y U omiten *positum erat (est)*. En el *Liber Pauperum III, 46*, sólo está recogido el párrafo 12, y de manera abreviada. No obstante se inicia con las palabras *si id quod positum erat*. La versión no se corresponde con la del Manuscrito Florentino en donde se encuentran a faltar palabras en relación a la versión Vulgata y a la vez hay una repetición. Savigny, Mommsen y Miquel coinciden en la consideración de este añadido como auténtico ¹⁷⁹. Por nuestra parte y sin poner en duda la opinión científica anterior, dado que la finalidad de este apartado es contabilizar aquellos casos en que el texto coincidente en todos o casi todos los representantes más antiguos del texto de la Vulgata difieren considerablemente del texto Florentino, nos permitiremos tomar en consideración la posibilidad de que la cacofonía, el ritmo, que se da en todo este párrafo hayan causado la repetición en F y el añadido de los testimonios de Vulgata, que a la vista de una lección ininteligible tuvieron que conjeturar.

13. D. 9,4,39,4, (Mo. 304.35)

Sed et mortuo servo antequam iudicium accipiatur (F y Basílicas, ed. Heimbach)

Mortuo servo susceptam sustineri(e) debet ad iudicium antequam (P V L U)

¹⁷⁸ En este mismo fragmento, párrafo 1, en la edición de MOMMSEN, se encuentra *solus tenebitur* en bastardilla. Hemos cotejado el microfilm de la reproducción fototípica de F, y puede comprobarse que el texto en este punto está corrompido; hay constantes repeticiones. Pero justamente *solus tenebitur* está repetido en dos lugares distintos. Por ello no entendemos la situación del texto en la edición de MOMMSEN. Sobre la reconstrucción de este texto Vid. R. RÖHLE, *IURA*, 30 (1979), p. 86, «Zur Rekonstruktion von D 9,3,5,1».

¹⁷⁹ SAVIGNY, *op. cit.*, p. 685 MOMMSEN «Uber die kritische», *op. cit.*, p. 118 MIQUEL, *Mechanische Fehler*, *op. cit.*, p. 255. Los dos últimos diagnostican la causa de la caída en F, de homoteleuto. La versión del Anónimo en las Basílicas, también tiene la oración con el añadido HALOANDRO lo incluye en su edición del agosto sin indicar que no está en F. Vid. TROJE, *Graeca Leguntur*, p. 46, n. 127.

Este añadido de 33 letras ha pasado desapercibido a los estudiosos del tema ¹⁸⁰. Mommsen lo señala en el lugar correspondiente del aparato crítico pero no lo recoge en el texto de la edición. La decisión sobre el origen del añadido es difícil; el conflicto se plantea entre la coincidencia en los manuscritos más antiguos del *Digestum vetus*; y la versión de la tradición oriental.

14. D. 10,2,40, (Mo. 318.37)

veluti dimidiam utile familiae erciscundae iudicium---Manuscrito Florentino.

Lo subrayado está omitido en los Manuscritos Boloñeses. Esto es lo que hace más llamativa la variante. Tanto *veluti dimidiam* como *Familiae erciscundae* —sobre todo teniendo en cuenta que estamos en el título *familiae erciscundae*— son añadidos que no hacen ninguna falta a la comprensión del texto y de los que se puede prescindir sin que el fragmento de Gayo se resienta en absoluto. Es más si nos encontráramos en el caso contrario, que ambos añadidos lo fueran de los Boloñeses en relación a F, lo hubiéramos calificado de glosa marginal que en el proceso de transcripción se había introducido en el texto. La variante está relacionada aquí principalmente por su curiosidad.

15. D. 17,1,38,pr. (Mo. 492.4)

petitionibus quaero an domus pars quam Titius obligandam

Lo subrayado no está en el Manuscrito Florentino y en cambio sí que está, y de primera mano, en los testimonios más antiguos del texto de la Vulgata, P V U. Las Basílicas (el Anónimo) conocen el añadido, y éste es imprescindible para el entendimiento del texto ¹⁸¹.

¹⁸⁰ No obstante Vid SAVIGNY, «Storia del Diritto Romano nel medioevo», *op. cit.*, vol III, p 317, KANTOROWICZ, «Die Entstehung», p 245, si que comenta la variante que se da en este mismo fragmento, principio (Mo. 304.24) donde todos los Boloñeses introducen la palabra *domini*. Para KANTOROWICZ es un típico caso de glosa a una palabra que se introduce en texto. Aquí el añadido glosaría la palabra *omnes*.

¹⁸¹ Vid MOMMSEN en «Uber die kritische», *op. cit.*, p. 118, donde lo relaciona con los añadidos auténticos. En este mismo fragmento, al final, la versión Boloñesa añade la palabra *reum*, que omite F (Mo 492.12) Vid también las pequeñas variantes en el mismo libro y título, fragmentos 44 y 46. La variante del fragmento 46 ha merecido comentarios expresos de KANTOROWICZ y PESCANI.

16. D. 17,1,49, (Mo. 494.10 y 11)

mandati eum non teneri sed contraria mandati agere posse

Lo subrayado es un añadido que tienen los testimonios del texto de la Vulgata y también se encuentra en Liber Pauperum IV, 37; en contra de F. Exactamente P, V, U, L (aunque Leipzig 877 en esta parte ya no es uno de los representantes más antiguos¹⁸² y Turín FII 14¹⁸³). Nadie discute la autenticidad del añadido y resulta un caso relevante para objeto de este apartado.

17. D. 19,1,13,3, (Mo. 548.22)

qui scit interest quoniam qui scit praemonere debuit

Lo subrayado no se encuentra en el Manuscrito Florentino. Sí está en cambio en los más antiguos representantes del texto de la Vulgata, que para esta parte son P V y U; se encuentra en los dos últimos de primera mano y en el primero recogido al margen pues en texto hay una laguna. En la tradición griega (SYNOPSIS de Leunclavius, según dice Mommsen en aparato crítico) coge el añadido. Savigny no duda de la autenticidad de lo añadido. Mommsen en *Über die kritische* lo relaciona entre los «sicher echt ergeben» aunque después no lo introduce en el texto de la edición, y finalmente Kantorowicz comenta la dificultad para probar la autenticidad de este añadido¹⁸⁴. Parece evidente que la causa de la omisión en F es el salto del primer *qui scit* al segundo *qui scit*.

18. D. 19,1,50, (Mo. 557.14)

eam rem emptor exceptionem rei vendite et tradite obiciat hoc (ut) perinde erit (habetur) ac si petitor ei neque

Lo subrayado se encuentra, de segunda mano, en los manuscritos París 4450 y Vaticano 1406. En Florentina, Patavino y los citados anteriormente, pero en primera mano, la lección es *eam*

¹⁸² Vid el apéndice a este mismo trabajo, las descripciones del manuscrito.

¹⁸³ MOMMSEN en «Über die kritische», *op. cit.*, p. 118, relacionado entre los añadidos auténticos. Aquí comenta la versión de las Basílicas (El Anónimo). MOMMSEN en el *Praefatio* LXX comenta este caso. JUAN MIQUEL en «Mechanische Fehler», *op. cit.*, p. 255 lo comenta en el lugar en donde relaciona los casos en que S ha recogido de segunda mano una omisión de F, causada por homeoteleuto.

¹⁸⁴ SAVIGNY, *op. cit.*, p. 686. MOMMSEN en «Über», p. 116 y KANTOROWICZ, «Die Entstehung», *op. cit.*, p. 242.

rem petitor ei ¹⁸⁵. El Manuscrito Patavino (U), marginalmente tiene la anotación *mala litera* firmada por B, que con Mommsen suponemos Bulgarus aunque para Seckels la abreviatura de *Bulgarus* es con minúscula ¹⁸⁶. Para Savigny y Juan Miquel la autenticidad de lo añadido es indudable. Mommsen tanto en el trabajo preparatorio de la edición crítica como en la propia edición, rechaza el añadido por considerarlo espúreo, suponemos que principalmente porque de la versión de Basílicas (ed. Heimbach) (17, 8, 50) no se desprende el contenido del añadido ¹⁸⁷.

19. D. 23,5,7, (Mo. 693.34)

confunditur sed et si eundem ti Titio reddiderit sine restauratione servitutis hoc marito imputabitur et hoc casu

El trabajo de Juan Miquel sobre esta variante ¹⁸⁸ nos exime del breve comentario con que hemos acompañado las anteriores. Miquel preconiza la autenticidad del añadido de Vulgata —¡introducido de segunda mano!— a pesar de que Mommsen no lo recogió en el texto de su edición. Para el objeto de este apartado resulta una variante de gran solidez.

20. D. 24,1,3,9, (Mo. 697.12)

non possunt sed nec per interpositam personam P^b

¹⁸⁵ Se ha comprobado en la fotocopia de F, y del Manuscrito Leipzig 877 (aunque en esta parte del Digestum vetus, ya no es uno de los representantes más antiguos). Este testimonio y Turín FII14 no tienen el añadido. Este último también omite las palabras *eam rem*

¹⁸⁶ Vid «Palaographie der Juristischen Handschriften des 12-15 und der .» en SZ, 45 (1925), p. 1 (especialmente p. 15)

¹⁸⁷ SAVIGNY, *op. cit.*, p. 686. MOMMSEN, «Über die kritische», *op. cit.*, p. 121. JUAN MIQUEL en «Mechanische Fehler», *op. cit.*, p. 248, en donde comenta la caída de línea en F que el corrector de S² recoge en margen. Este autor dedica especial atención a esta variante citando entre otros a COLLINET y ARANGIO RUIZ.

¹⁸⁸ En SZ, 81 (1964), p. 317. *Zur Frage der mechanischen Varianten in den ältesten Digestenexemplaren*. Independientemente de las importantes conclusiones de este trabajo, puede apreciarse un modelo metodológico para averiguar la versión auténtica en un texto, transmitido con variantes.

Diecinueve años después de la misma SZ, R. RÖHLE publica «Textschichten und Interpolationem in D. 23,5,7,pr.», SZ, 100, año 1983, p. 510. El autor llega a conclusiones distintas de las de MIQUEL, en relación al añadido. No obstante este trabajo tiene un objeto distinto del trabajo de MIQUEL, pues el autor citado está más interesado en la pristinidad del texto Juliano que en la autenticidad del texto Justiniano.

sed nec per interpositam personam sibi donare possunt L^b

sed nec per alios V^b y Turín FII 14 (de primera mano)

sed non etiam per alios U^b

Las diversas secuencias subrayadas corresponden a los manuscritos del texto de la Vulgata. El Manuscrito Florentino finaliza el párrafo 9 en *non possunt*. La coincidencia sólo parcial de los testimonios Boloñoses parece reflejo de la lección auténtica. De entre las lecciones del texto de la Vulgata hemos de preferir la de Leipzig y la París por ajustarse mejor a la posible traducción del texto del Anónimo, y de entre ellas nos quedamos con la de Leipzig por dos razones: a) Dogmáticamente es preferible *donare* que *dare*, y b) el final en *possunt* del añadido de Leipzig nos permite fundamentar la caída de F en un homeoteleuto, de *possunt* a *possunt* que sufrió su copista y que no percibió el corrector. La autenticidad puede estar defendida también desde un punto de vista sintáctico —un *mon tantum* requiere un *sed nec*—¹⁸⁹. Mommsen, al contrario del caso anterior, recoge el añadido en texto, lo que suponemos decidió a la vista de que el Anónimo apuntaba a su autenticidad.

RECAPITULACION

Hemos reunido en este apartado, variantes considerables entre el texto del Manuscrito Florentino, y el texto, coincidente en todos o varios, de primera o de segunda mano, de los representantes más significativos del *Digestum vetus*.

El análisis pormenorizado de cada uno de ellos nos ha permitido seleccionar aquellos añadidos que han llegado al texto de los

¹⁸⁹ Aunque este argumento resulta débil al comprobar que el *sibi* de la lección que hemos preferido queda acorde. Para concordarlo deberíamos conjeturar *donari* en lugar de *donare*.

El Doctor Esteban Varela nos hizo una observación importante: *Sibi donare possunt*, última palabra que caracteriza la lección de L^b, es una secuencia con apariencia de glosa. Indudablemente que ello es así, no obstante a nosotros nos ha parecido más relevante el que la palabra final —*possunt*—, es pareja con la palabra final de la lección del Manuscrito F para el párrafo 9, *possunt*.

testimonios de la Vulgata, por conjetura, como glosemas, por trivialización, por corruptela mecánica, etc. Una vez excluidos estos casos, el otro grupo de variantes —generalmente añadidos de los Boloñeses— requieren un método de análisis distinto para descubrir el proceso que las ha originado. En estos casos nos hemos limitado a analizar la variante, cotejar las opiniones de los estudiosos, cuando las ha habido, y señalar los demás puntos importantes, incluso de carácter dogmático, que surgen de la comparación de ambas lecciones.

De las 20 variantes relacionadas excluimos la 2, 3, 6, 12 y 14, pues como se ha dicho en el comentario correspondiente a cada una de ellas, pueden haber llegado al texto de la Vulgata por conjetura (variantes 2, 3 y 12) o una propia corruptela mecánica puede haber originado la variante (variante 6). La variante 14 ya hemos dicho que sólo era una curiosidad. De los 15 casos restantes, las variantes cuyo texto coincide en todos los testimonios de la Vulgata y que además se encuentra en ellos de mano del propio copista son:

1 (D. 1,2,2,43,), 7 (D. 6,1,42,), 15 (D. 17,1,38,pr.), 4 (D. 2,15,14,), 9 (D. 9,2,17,), 16 (D. 17,1,49,), 5 (D. 3,5,18,pr.), 13 (D. 9,4,39,4,)

Las variantes en las que el añadido se encuentra de segunda mano en todos los manuscritos son: 19 (D. 23,5,7,) y 20 (D. 24,1,3,9,).

Las variantes que han recogido el añadido de segunda mano, sólo en algunos testimonios son: 8 (D. 8,4,1,1,), 17 (D. 19,1,13,3,) y 18 (D. 19,1,50,).

Las variantes en que el texto añadido no coincide en todas ellas son: 10 (D. 9,2,36,1,) y 11 (D. 9,3,5,5,).

INFORTIATUM

Se estudian aquí las alteraciones que pueden parecer *errores coniunctivi*, analizándolas individualmente. Se estudian después, las variantes entre el texto del Manuscrito Florentino y el texto coincidente en todos o en varios de los representantes más antiguos de los Manuscritos Boloñeses. Para esta parte del Digesto hemos podido ser exhaustivos en el cotejo de los Manuscritos Boloñeses del siglo XII. Existe una publicación reciente (Frankfurt, 1984), del profesor Gero Dolezalek, *Index Manuscriptorum veterum Infortiati*, en donde están relacionados y datados todos los manuscritos del Infortiatum existentes.

Alteraciones que pueden tener valor de error coniunctivus

1. D. 27,5,1,pr. (Mo. 802.21) Diagnóstico: Ditografía.

El Manuscrito Florentino ha repetido las palabras siguientes *non possit utrum quis tutor fuerit et sic gesserit an vero non*; los manuscritos Vaticano 1407, París lat. 4458¹ (pues la repetición está tachada con subrayado alternativo), y Wien 2261 tienen la misma repetición que F. En cambio París lat. 4454 (Q en edición), Durham y Montpellier H 80 tienen el texto correctamente¹⁹⁰.

La repetición en tres testimonios del texto de la Vulgata podría hacer pensar en una relación de dependencia entre ésta y F, máxime cuando el error en el texto de este fragmento es poco corriente; normalmente los saltos de igual a igual son hacia delante no hacia atrás. No obstante existe otra posibilidad que también debe tenerse en cuenta; que la repetición venga de un testimonio anterior a F. Cualquiera de las dos alternativas sería posible por lo que no pueden sacarse consecuencias estemáticas de esta va-

¹⁹⁰ Todos los manuscritos aquí citados los hemos visto a través de microfilmes, hemos comprobado Vaticano 1407, citado en el apartado crítico de MOMMSEN. Se intentó cotejar en este punto el Manuscrito Troyes 408, pero aquí era muy defectuoso

riante. Sería interesante también explicarse por qué los demás manuscritos del texto de la Vulgata no tienen la repetición.

2. D. 30,34,9, (Mo. 8.1 y 2) Diagnóstico: Ditografía.

Esta variante de la que tampoco sacaremos consecuencias es-temáticas, es similar a la anterior. El copista (de F?) pasa de un *quorum persona non constitit legatum* a otro *quorum persona constitit legatum*, pero no en un salto hacia delante sino en un salto hacia atrás (suponemos que el *non* que diferencia una secuencia de la otra no fue óbice para que el copista saltara). El corrector cierra entre paréntesis la repetición. La razón por la que esta variante está relacionada en este apartado es la de que en cinco manuscritos del texto de la Vulgata —D, E, C, Durham 1 (recogido de segunda mano), y Laon 353 se omite lo repetido y tachado en F, y en el Manuscrito I se omite una frase más corta. En cambio, Montpellier H80, Oxford S.J. 24, París lat. 4452, París lat. 4458 y Troyes 408 tienen el texto correcto sin omisiones. En primer lugar y dada la similitud de las palabras de todo este texto puede defenderse que todos los manuscritos que tienen la omisión han caído independientemente. Pero cabe también la posibilidad de que la situación de F en este punto causara la omisión del texto de la Vulgata al desconcertar al que copiaba de este manuscrito. Como hemos dicho, dado que no hay elementos para apoyar una u otra alternativa, esta variante no puede contabilizarse entre las que pueden fundamentar dependencia entre los manuscritos Boloñeses y el Manuscrito Florentino.

3. D. 35,2,42 y 43 (Mo. 210.41) Diagnóstico: Caída de una lex por homeoteleuto???

En el Manuscrito Florentino la lex 42 se encuentra recogida por el corrector en el margen inferior izquierdo del folio. La lex lleva la inscripción que le corresponde; *Ulpianus libro quarto decimo ad edictum*. Este mismo corrector ha modificado la inscripción de la lex 43 —que originariamente era la que correspondía a la lex 42— simplemente cambiando el nombre del jurista *Idem* por *Ulpianus*— y la numeración del libro *ad edictum* —*nonodecimo por quartodecimo*—. Con ello la situación del Manuscrito Florentino es clara; en la columna izquierda del folio se encuentran parte de la lex 39, completas las lex 40, 41, 43 y 44, y parte de la inscripción de la lex 45; en margen la lex 42, con una indicación de que debe intercalarse en texto sin que en el lugar en donde

debe intercalarse haya ninguna señal de reciprocidad ¹⁹¹. La descolocación de la lex 42 se reproduce en algunos testimonios del texto de la Vulgata, pero no de manera coincidente; detrás de la lex 44 lo tienen C, Patetta 217: Durhanm, Laon 353, Montpellier H80, Oxford S.J. 24, París lat. 4452, Troyes 408 y Wien 2261 detrás de la lex 43, E; D'Ablaing 1 entre las lex 41 y 43 tiene un signo diacrítico que remite al margen superior, en donde se encuentra recogida la lex 42. En los manuscritos Q, I y K la lex 42 está recogida de primera mano en el lugar que le corresponde ¹⁹².

Para sacar consecuencias estemáticas de esta variante deberíamos poder demostrar que la caída del texto 42 es un error propio y exclusivo del Manuscrito Florentino; un elemento permite esta hipótesis: el copista de F saltó de la inscripción de la lex 42 a la inscripción de la lex 43 por la similitud en la secuencia final de ambas: *decimo ad edictum*. Pero esta hipótesis admite argumentación en contra. Puede decirse: 1.ª, que en el Manuscrito Florentino hay escasos homeoteletos de una inscripción a otra pues los copistas conocían la importancia de esta parte de la lex; 2.ª, que la lex recogida marginalmente en F no estaba en el testimonio del que F copiaba —y por tanto ya no es un error de su copista— sino que estaba en el ejemplar del primer o del segundo corrector; 3.ª, que la prueba de que esta lex, ya desde el inicio de la tradición manuscrita de la obra, se encontraba recogida en el margen de algunos textos, no de todos, y de manera ambivalente, la ofrece la descolocación de la misma en algunos de los testimonios del texto de la Vulgata, descolocación que entre sí tampoco es coincidente.

Esta variante, a nuestro parecer tan interesante, no ha sido aprovechada por los que preconizan la dependencia de los manuscritos de la Vulgata en relación al Manuscrito Florentino. Para nosotros la calificación de la misma como *error coniunctivus* es dudosa por tanto no extraeremos de ella consecuencias estemáticas.

¹⁹¹ En las *Basílicas* (ed. HEIMBACH), la lex 42 está colocada igual que en la edición de MOMMSEN.

¹⁹² El manuscrito Montpellier H80 está corregido con signos diacríticos en el margen de las lex afectadas.

4. D. 36,1,11, (Mo. 227.10) Diagnóstico: Trasposición
D. 36,1,1,2, (Mo. 226.12) secuencia de texto.

El Manuscrito Florentino ha recogido en el margen central la secuencia *idem est et si ipsi filio pater rogatus sit restituere* (45 letras). En la columna derecha, a la altura del añadido y en texto, hay un signo diacrítico que se corresponde con el signo que hay en lo recogido al margen. Esta situación puede explicarse suponiendo en el copista de F un homeoteleuto de *restituere* a *restituere* que el corrector ha recogido en el margen central. Pero la situación de esta variante en los testimonios cotejados del texto de la Vulgata pone en duda esta explicación. En la mayoría de ellos lo recogido en el margen central en F se encuentra intercalado, de primera mano, en dos lugares distintos del texto, en el lugar en donde parece indicar el signo diacrítico de F y situado en anterior posición al propio texto (parágrafos 11 y 2 respectivamente) ¹⁹³.

Para averiguar el proceso de esta variante hay que aclarar que el añadido en el párrafo 2 del texto 1 (tal como se encuentra en los Boloñeses) es espúreo, no va al sentido y en cualquier caso se ha incluido allí por equivocación ¹⁹⁴. También hay que valorar el que el añadido al intercalarse en el lugar que no le correspondía (párrafo 2) en los testimonios del texto de la Vulgata, en unos lo hace entre *sed* y *his et in eos*, es decir entre final y principio de línea de F y en otros entre *restituissen* y *sed*, es decir se intercala entre palabras correspondientes a una línea de F. La diferencia no es sustancial, pero sí indicativa ¹⁹⁵.

¹⁹³ En D'Ablang 1 curiosamente se ha recogido el añadido en su lugar de primera mano, y en párrafo 2 de la lex, de 2.ª mano. Los Manuscritos Q, Montpellier H80 y Wien 2261 tienen el añadido intercalado una sola vez y en el lugar donde corresponde MOMMSEN coteja *τιπουχειτός* para asegurar que el añadido es espúreo al párrafo 2. Oxford, S.J. 24 lo tiene en párrafo 2, no en el 11.

¹⁹⁴ La diferencia principal entre esta variante y la de D. 34,2,23, que se comentará en el próximo apartado, estriba en que ahí el añadido es necesario al entendimiento del texto y tiene liazón gramatical. En cambio, aquí (D. 36,1,1,11 y 2) el añadido no tiene sentido en el párrafo 2. Es importante diferenciar también esta variante de la ya comentada en el apartado relativo al *Digestum vetus*, D. 23,3,9,1. En ella, el texto traspuesto lo estaba en los testimonios Boloñeses a causa de F, pero no en F.

¹⁹⁵ No dejamos de ver que esta situación no debe estar desconectada de la co-

para el texto de la Vulgata, y en Patteta 217 y D'Ablaing 1, Oxford S.J. 24 y Wien 2261, cotejados por nosotros ¹⁹⁸.

Esta variante ha sido objeto de comentario por todos los autores que han tratado la materia. Para Savigny ¹⁹⁹, argumentando en contra de Torelli, el origen de esta situación en F puede hallarse en un manuscrito más antiguo y por tanto no puede probar derivación del texto de la Vulgata de F. Para Mommsen, citando a Antonio Agustín, es una prueba irrefutable de dependencia ²⁰⁰. Schulz, citando a Mommsen, está de acuerdo ²⁰¹. Juan Miquel en su último trabajo sobre el tema también lo cita en este sentido ²⁰².

Para nosotros esta variante no puede calificarse de *error coniunctivus*. No puede probarse que esta situación del Manuscrito Florentino sea un propio y exclusivo error de F, pues como dice Savigny, podría venir desde un testimonio anterior a F en el proceso de transmisión. Es más, se hace difícil pensar en un copista que salta de un título a otro, siendo el título una división sistemática de la obra y no una cesura material del testimonio de donde se copia.

Proponemos para esta variante la calificación de **variante de autor** ²⁰³. El último fragmento del título 7 del libro 37 es de *Trifonino, libro sexto disputationum* y el último fragmento del título 8 también es del jurista *Trifonino libro sexto decimo disputationum* ²⁰⁴. Esta similitud puede explicar la inversión de los títulos,

¹⁹⁸ Puede apreciarse en F que después de la rúbrica *de ventre in possessionem*, F¹ tiene la palabra *titulus*, que F² ha tachado. En Q puede apreciarse que falta la rúbrica del título 7, *de dotis collatione*, aunque en el margen ya lo indica un signo diacrítico. En el manuscrito Oxford S.J. 24 está la trasposición, pero la rúbrica *de coniugendis* está descolocada.

¹⁹⁹ «Storia del Diritto Romano . », *op. cit.*, vol. 1, p. 684, nota a). Vid. ahí bibliografía antigua.

²⁰⁰ *Praefatio* LXVII, 1.º párrafo, al comentar que los Códices Boloñeses describen al Florentino.

²⁰¹ «Einführung in das Studium der Digesten», *op. cit.*, p. 8.

²⁰² Juan MIQUEL, *Caída de línea y omisión...*, p. 223.

²⁰³ PASQUALI, «Storia della tradizione e critica del testo», *op. cit.*, p. XIX, núm. 12. En este sentido, la variante que comentamos es similar a la que se aprecia, también entre la tradición latina y la griega, en las dos últimas *lex* de los títulos 1 y 4 del libro 36.

²⁰⁴ En el índice de juristas de F se indica que el Digesto toma textos de 21 libros *disputationum* de Trifonino.

pero en el propio momento compilatorio, y por ello, solo habría afectado a algunos ejemplares compilatorios pero no a otros. Un dato que corrobora esta hipótesis puede encontrarse en la disposición de los fragmentos que corresponden a estos dos títulos en las *Basílicas*. Como se ha dicho, se encuentran allí en el orden correcto pero sin separación de títulos, y a decir verdad la temática tratada en ambos cabría perfectamente en uno sólo; la clave nos la da el propio Ulpiano en el primer texto del título 9: *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit...*

En cualquier caso —y aceptando que nuestra calificación sea un tanto atrevida—, hay que recuperar la opinión de Savigny: esta variante no manifiesta dependencia entre los testimonios del texto de la Vulgata y F.

6. D. 38,7,1, (Mo. 347.1) Diagnóstico: Trasposición de secuencia en una misma lex a causa de???

La corruptela se manifiesta en el Manuscrito Florentino de una manera evidente; en el margen central y precedido de un signo diacrítico que remite al texto de la columna derecha, se ha recogido una secuencia de la lex de Juliano libro 27 *digestorum*: «*non ad mortis testatoris tempus referuntur*». Esta secuencia debe incluirse en texto entre *accipiuntur* y *sed*, por lo que parece lógico pensar que el copista de F —o el que copió el modelo del que él transcribía— saltó de *accipiuntur* a *referuntur*. En la propia lex de Juliano, 36 letras antes de la caída por homeoteleuto, hay una palabra griega παρατατιχως²⁰⁵. Estas dos circunstancias, que

²⁰⁵ Esta palabra, que en F está recogida por una segunda mano, es παρατατιχως. (Vid. *Praefatio* LVIII, nota 1), sólo está en otra lex del Digesto, en D 42,4,2,4, de Ulpiano *ad edictum*. Puede traducirse por *extensivo, imperfecto* (que, en definitiva, es un tiempo de la conjugación que indica cierta indeterminación en la acción del verbo), y en ambos textos se refiere a la interpretación de expresiones literales del Edicto. Nosotros, para el texto que comentamos, preferimos la primera de las dos traducciones. Vid. la palabra recogida en «Index verborum graecorum quae in institutionibus et Digestis occurrunt», I. BORTOLUCCI, *Archivio Giuridico* año 1906, p. 385. En la tradición griega, esta lex no tiene correspondencia, así lo indica el *Vol. Supplementum* de la edición de Heimbach de las *Basílicas*, p. 312. Correspondería al segundo grupo de «Graeca» en Digesto, de los propuestos por TROJE en «Graeca leguntur», *op. cit.*, p. 13.

en el Manuscrito Florentino no tienen ninguna relación, se entrecruzan de manera coincidente en los testimonios del texto de la Vulgata. Todos han intercalado la secuencia marginal en F en el lugar donde debería estar la palabra griega²⁰⁶. No lo tienen recogido en cambio en su verdadero lugar, entre *accipiuntur* y *sed*²⁰⁷.

Savigny, igual que en la variante comentada más arriba, considera que un testimonio anterior a F puede ser el causante de la situación de F y los testimonios del texto de la Vulgata²⁰⁸.

Mommsen utiliza esta variante como uno de los principales ejemplos que prueban *Bononiensium princeps ex Florentino descriptus*²⁰⁹.

Juan Miquel, en el extenso párrafo que dedica al tema de los *errores coinunctivi* cita también este caso como uno de los ejemplos fundamentales²¹⁰.

Los estudiosos que han seguido a Mommsen consideran que la situación que manifiestan los testimonios del texto de la Vulgata en este punto se debe a que el o los testimonios intermedios entre éstos y F (Codex S??) intercalaron la secuencia en donde debería haber ido la palabra griega porque ésta era ininteligible para ellos. Pero debe reconocerse que esta explicación no ampara de manera total la anomalía. Un copista puede introducir incorrectamente una secuencia recogida marginalmente en su modelo, pero que lo haga porque no entiende (y no sabe transcribir) una palabra con grafía que le es extraña resulta difícil de aceptar, máxime cuando estaba perfectamente señalado en su modelo el lugar donde debía introducirse la secuencia. La única explicación es que el copista, desconocedor del griego, dejará en su

²⁰⁶ En el aparato crítico dice que el Manuscrito E omite lo caído por homeoteleuto. Nosotros hemos cotejado Oxford S.J. 24, París, lat. 4452, Troyes 408, Wien 2261. La situación de éstos es igual que la de los demás Boloñeses citados por MOMMSEN en el aparato crítico.

²⁰⁷ En F puede apreciarse que el añadido está exactamente a la altura de la palabra griega.

²⁰⁸ «Storia del Diritto Romano», *op. cit.*, p. 684, nota a)

²⁰⁹ *Praefatio* LXVII, en donde puede verse un apógrafo de esta anomalía. También comenta esta anomalía en el trabajo preparatorio de la edición «Uber», *op. cit.*, p. 125.

²¹⁰ «Mechanische Fehler», *op. cit.*, p. 273.

transcripción un espacio en blanco, olvidara recoger la secuencia marginal, y en un ulterior proceso de transmisión se introdujera el añadido en el espacio vacío. Sin duda esta explicación conlleva cierto ingrediente de fantasía, pero si es útil para demostrar que en la explicación de la corruptela mantenida por los partidarios de la dependencia, hay un eslabón sin clarificar. Ha de tenerse en cuenta que el homeoteleuto de *accipiuntur* a *referuntur* puede no ser propio de F sino del testimonio anterior en el proceso de transmisión, y que la palabra griega de la lex de Juliano lo estaba en todos los testimonios inmediatamente posteriores a Justiniano, por lo que la conexión no tiene por qué ser causada exclusivamente por el Manuscrito Florentino. También ha de considerarse el que la distancia entre la última letra de la palabra griega y la última letra de la última palabra antes de la omisión es de 36 letras, que corresponde en más o en menos a la extensión de una línea en escritura uncial, en un testimonio dispuesto como F, es decir a dos columnas²¹¹. Esto hay que ponerlo en relación con las 37 letras de que consta la secuencia caída, y considerar la posibilidad de que un testimonio distinto de F hubiera estado dispuesto de manera que una línea acabara en la palabra griega, otra en *accipiuntur* y la siguiente en *referuntur*, con lo que la situación del texto de los testimonios de la Vulgata se explicaría de manera completamente distinta.

A nuestros efectos lo único que nos interesa destacar es que la referida anomalía no puede valer como fundamento ni para probar la dependencia entre los testimonios de la tradición latina, ni tampoco para probar su independencia.

7. D. 38,15,2,2, (Mo. 364.3 y 4) Diagnóstico: omissio ex homeoteleuto.

In bonorum possessione, quae pro tribunali datur, illud quaeritur, si *sedit* quidem praetor pro tribunali, sed *postulationibus non dedit: potest dici tempus ad bonorum possessionem non cedere cum praeses aliis rebus aut militaribus aut custodiis aut cognitionibus fuerit occupatus.*

Del párrafo transcrito más arriba, nueve testimonios del texto de la Vulgata omiten una secuencia de 74 letras (las subraya-

²¹¹ Vid Juan MIQUEL, en «Mechanische», *op cit*, pp 241 y ss

das), a causa de un homeoteleuto que hace saltar al copista desde *postulationibus* hasta *rebus*. Según resulta del apartado crítico de Mommsen, D I K Q (este último comprobado por nosotros) son los testimonios que de manera coincidente tienen, de primera mano, la omisión. A estos testimonios hay que añadir Laon 353, Oxford S.J. 24, Troyes 408, Wien 2261 (éste omite también, antes, las palabras *bonorum possessione*), y Durham, que omite, en la primera transcripción, pero recoge la secuencia en margen lateral.

Es sabido que una omisión por homeoteleuto es uno de los más frecuentes errores mecánicos que se producen en el proceso de transcripción; por ello no pueden extraerse de esta anomalía consecuencias estemáticas. Ahora bien la extensión de la variante que ahora comentamos diferencia a ésta de las demás omisiones que por esta misma causa se encuentran a lo largo del Digesto²¹². En el Manuscrito Florentino se aprecia que la disposición de la terminación *bus* correspondiente a *postulationibus* (última palabra antes de la omisión) se encuentra a la misma altura que la terminación *bus* correspondiente a *rebus* (última palabra de la omisión). Desde ahí podría proponerse que esta especial disposición ha sido la causante de este extenso homeoteleuto de la mayoría de testimonios del texto de la Vulgata²¹³. Indudablemente que esta proposición es razonable, pero no ha de olvidarse que: 1.º, un salto de igual a igual (homeoteleuto) no necesariamente se dará por una disposición especial de las palabras similares, sino que puede darse igual sin que la situación de éstas pueda llevar a confusión, y 2.º, que en otro testimonio escrito en uncial y a dos columnas, como F, la situación de las letras similares también podría quedar a la misma altura pero en distinta disposición de la que apreciamos en F (por ejemplo que la terminación *bus* quedara al final de la línea). Por todo ello no puede considerarse esta variante como un *error coniunctivus*.

8. D. 36,2,19,1 y 2 Diagnóstico: Laguna transmitida.

Para cerrar este apartado ha de mencionarse una laguna existente en el Manuscrito Florentino (dos líneas y medio al final de

²¹² Vid Juan MIQUEL, en «Caída de línea y omissios», *op cit*, *passim*

²¹³ Advertimos que las posibles consecuencias estemáticas de esta anomalía no han sido utilizadas por nadie antes de nosotros.

la columna derecha de un folio), cuyo texto no se ha completado en los testimonios Boloñeses; nos referimos a D. 36,2,19,1 y 2 (Mo. 262.16) ²¹⁴. Mommsen en su edición añade el texto que falta parafraseando la tradición griega que está completa en este punto ²¹⁵. En principio parece que la transmisión de una laguna es signo inequívoco de dependencia, pero en el caso del Manuscrito Florentino hay que hacer una reflexión: el espacio lagunario lo es por propia voluntad del copista de F (¿del corrector?) ya sea porque no entendía lo que ponía en su modelo, ya sea porque el propio modelo le indicaba que detrás de *necesserit* faltaba texto y el copista pensó que el corrector podría completarlo ²¹⁶. En cualquier caso lo que no puede cuestionarse es que la laguna de D. 36,2,19, final parágrafo 1 principio parágrafo 2, no es un error propio de F, por lo que si el texto de los Boloñeses, en todos sus testimonios la reproduce, ello no significa necesariamente una relación de dependencia entre ellos ²¹⁷.

RECAPITULACION

A diferencia de lo que ocurría en *Digestum vetus* en donde de los 13 casos que estudiábamos considerábamos 6 como *errores coniunctivi*, es decir que podían probar que los manuscritos Boloñeses dependían del Manuscrito Florentino, en el *Infortiatum*,

²¹⁴ Hemos cotejado en microfilme Patetta 217 y D'Ablang 1 y tienen la misma situación en el resto de los testimonios Boloñeses. Cita esta laguna de F, entre otros autores, KRUGER, *Geschichte der Quellen.*, p 428, nota 19. Lagunas de extensión parecida se encuentran en F en D 49,15,3 y 9.

²¹⁵ Vid en *Manuale Basilicorum* (HEIMBACH, vol *Supplementum*), p 308, los fragmentos 6 a 20 de este título no tienen correspondencia en Basílicas. MOMMSEN ha utilizado *τιποχειτος*. Vid en edición de la Biblioteca Apostólica Vaticana, vol 4^o y último, p. 218.

²¹⁶ El espacio blanco en F está perfectamente delimitado, por lo que no puede excluirse la voluntariedad del copista. En Q puede apreciarse que la línea que resta después de *cesserit* queda en blanco. Pero en este testimonio ésta es la manera normal de diferenciar los párrafos de cada *lex*.

²¹⁷ Otra laguna de dos líneas y media está al final de la columna derecha del folio de F en el que finaliza el título 1 del libro 36 y se inicia el título 2 en la columna derecha.

de los ocho casos pormenorizados como posibles anomalías que manifestaban dependencia, ninguno ha resistido un análisis exhaustivo, pues como hemos comentado, existían diversas posibilidades que explicaban la génesis del error. Adviértase que de los seis casos considerados para el *Digestum vetus*, cuatro eran caídas de una línea, uno caída de dos líneas y uno inserción equivocada de una secuencia recogida en el margen de F. Para el *Infortiatum* no hemos encontrado ninguna anomalía que pueda calificarse de caída de línea.

Variantes entre el texto del Manuscrito Florentino y el texto coincidente en varios o en todos los representantes más antiguos del texto de la Vulgata

EN EL INFORTIATUM

1. D. 26,10,3,16, (Mo. 779.9)

Tutores qui repertorium non feceru(i)nt vel qui pecuniam...

Todo lo subrayado se encuentra en cinco de los manuscritos cotejados; Mommsen cita E, I, C de primera mano; nosotros hemos añadido Durham y Troyes 408; de segunda mano en D'Abblang 1, Montpellier H80, París lat. 4452, Wien 2261, cotejados por nosotros. En el Manuscrito Florentino, Vaticano 1406, Berlín latín fol. 268 (W y D en edición), Laón 867 y París lat. 4458²¹⁸, París lat. 4454 y Patetta 217 no se encuentra el añadido. La tradición griega desconoce el contenido de este añadido (en la versión de *προυχειτος* pues para este fragmento no hay otra fuente oriental).

El contenido del añadido no es relevante. El fragmento puede prescindir de él manteniendo completamente su sentido aunque sintácticamente la oración no queda demasiado ajustada —¿*Quí* es el sujeto de *perstant*?

La última palabra antes del añadido acaba en *erunt* (*redemerunt*) y la última palabra del añadido acaba también en *erunt* (*fecerunt*); y esta similitud podría explicar la posible omisión de F. No está en seis de los representantes más antiguos del textos de

²¹⁸ Este manuscrito tiene sólo la palabra *tutores*, pero parece tachada.

la Vulgata para esta parte del Digesto, en cambio sí se encuentra en nueve testimonios (cinco en primera transcripción y cuatro de segunda mano). En la glosa de Acursio a éste fragmento, se cita Codex 5,37,24 y D. 26,7,7, pr. En este pasaje del Digesto se encuentra una secuencia igual a la que comentamos ²¹⁹.

Todos estos datos, han de contraponerse a la versión griega, que desconoce el añadido. Suponemos que en virtud de ello Mommsen decidió no recogerlo en texto. Sorprendentemente Savigny y Mommsen en el trabajo preparatorio de la edición, no comentan esta variante.

2. D. 27,8, Rúbrica (Mo. 806.2)

La Rúbrica de este título en el Manuscrito Florentino es de **MAGISTRATIBUS CONVENIENDIS** (también en los manuscritos I y C según el aparato crítico de Mommsen y en las Basílicas), pero en los Manuscritos W, D, Q, E y Patteta 217, D'Ablaing 1, Durham, Laon 867, Montpellier H80, París lat. 4452, Troyes 408, Wien 2261, y aparentemente añadido en París lat. 4458, la rúbrica es más extensa: **DE MAGISTRATIBUS CONVENIENDIS ET HEREDIBUS EORUM**. Hay que señalar que esta rúbrica más extensa coincide con la del índice Florentino (Mo. XII*9).

Puede argumentarse que el origen del añadido en la rúbrica está en el propio índice Florentino, pues la rúbrica pareja del 2.º Codex Justiniano, tampoco tiene el añadido.

3. D. 28,6,1,1, (Mo. 850.25)

Heredis substitutio duplex est aut simplex. Simplex, veluti (est): Lucius Titius heres esto; si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Seius heres mihi esto. Duplex, velutti: filius mihi heres esto, si heres non erit sive erit...

Lo subrayado se encuentra de la siguientes manera en los testimonios del texto de la Vulgata. Tienen los dos añadidos subrayados, Durham, Wien 2261, París 4454 (Q en edición), D'Ablaing 1 y Patteta 217; Montpellier H80, París lat. 4452 y París lat. 4458, sólo tienen el segundo añadido; Troyes 408 tiene ambos de segunda mano. La lección del Manuscrito Florentino omite. Savigny

²¹⁹ La glosa de ACURSIO al *Infortiatum* se encuentra en el vol VIII del *Corpus glossatorum Iuris Civilis*

acepta sin reservas ambos añadidos como auténticos. Mommsen, que dedica al añadido una especial atención tanto en el trabajo preparatorio de la edición, como en el *Praefatio*, como también en el lugar correspondiente del texto en su edición, considera estos añadidos de origen conjetural ²²⁰. Para Kantorowicz es un claro ejemplo de la corrección del texto de la Vulgata con un extracto de Pandectas ²²¹. Las Basílicas 35, 10, 1, (ed. Heimbach) sólo tienen lo correspondiente a *duplex, veluti*.

El análisis dogmático del texto sugiere la autenticidad del añadido ²²², y es evidente la posibilidad de que en F las palabras omitidas hayan caído por homeoteleuto.

4. D. 28,6,36,pr. (Mo. 856.44)

«si ille heres *non erit, ille heres esto, et deinceps*»

Lo subrayado está en todos los manuscritos del texto de la Vulgata ²²³ de primera mano, y en cambio está omitido en F.

²²⁰ SAVIGNY, «Storia.. », *op. cit.*, p. 686. MOMMSEN, «Uber die.. », *op. cit.*, p. 118 y en *Praefatio* LXXI, nota 2 (no como cita KANTOROWICZ). No obstante, MOMMSEN cita estos añadidos en lugar preferente de la edición (entre el texto y el aparato crítico).

²²¹ «Uber die Entstehung.. », *op. cit.*, p. 225.

²²² Un análisis dogmático nos llevaría a lo siguiente.

El título VI del libro 28, hace referencia a la sustitución vulgar y pupilar. El primer texto, de Modestino, cumple la función de la mayoría de los primeros textos en los diversos títulos del Digesto, explica la institución que da nombre al título, se habla en el título de dos clases de herederos, los instituidos y los substitutos. Instituido es de primer grado, substituto es de segundo o tercero. La sustitución del heredero es doble o simple, por ejemplo, «Sea Lucio Ticio mi heredero; si Lucio Ticio no pudiera ser mi heredero; séalo Seio». Doble, por ejemplo, «mi hijo sea mi heredero; sino pudiera serlo o pudiera pero muriera antes de la pubertad, entonces sea Gaio Seio mi heredero»

Es evidente que desde este punto de vista el añadido es imprescindible; el ejemplo tiene que ser de los dos tipos de sustitución, y para ejemplificar la sustitución doble, debe empezar por el heredero instituido. Otro detalle importante: no tendría sentido prever un substituto para un heredero que ha llegado a serlo, pero muere antes de la pubertad y, por tanto, no puede disponer por testamento, si antes no ha dicho que el heredero instituido es un hijo. No existe ningún texto en el que deba suponerse que un Lucio Ticio es impuber.

²²³ Q también tiene el añadido aunque no esté citado en el aparato crítico de MOMMSEN. También lo tienen en primera transcripción París lat 4452, París lat 4458, Troyes 408, Wien 2261 y, por último, Montpellier H80, pero en éste añadido por una mano posterior. En el manuscrito E, anotado al margen, se indica que lo añadido no está en F

Savigny no duda de la autenticidad, y Mommsen incluso no encontrándose el añadido en las Basílicas, insinúa «der Acchtheit» porque es fácil que en F cayeran estas palabras por homeoteleuto, aunque, como dice, no hay que excluir que se hubiera podido encontrar por conjetura o llegar al texto de la Vulgata a través de las Instituciones de Justiniano 2, 15 pr.²²⁴. Mommsen incluye el añadido en el texto de la edición, y en el Praefatio, citando el caso expresamente, comenta cómo las Instituciones sirvieron en época muy antigua, para completar el Digesto²²⁵.

Kantorowicz dedica atención individualizada a este añadido en el punto dedicado a los complementos del texto de la Vulgata cuyo origen está en un extracto de Pandectas²²⁶.

5. D. 28,6,45,pr. (Mo. 859.40)

ab intestato pertinet. aliter si eiusdem aetatis liberi instituti invicem substituti fuissent: tunc enim altero defuncto intra pubertatem eius successio non ad matrem, sed ad substitutum devolvitur. Paulus resp.

Todo lo subrayado se encuentra en todos los representantes cotejados del texto de la Vulgata²²⁷. Para Savigny la autenticidad del añadido es incierta y para Mommsen no merece comentario especial en el trabajo preparatorio de la edición²²⁸.

El añadido es de una extensión tan considerable que sobrepasa los parámetros de análisis utilizados para los demás. El error mecánico que puede haber provocado la caída en F es difícil de imaginar. El contenido dogmático y el inicio con la palabra *aliter* son indicios de que nos encontramos ante una glosa, que se ha in-

²²⁴ SAVIGNY, *Storia* . . , vol 1, p 686, MOMMSEN, «Uber die » , p. 118

²²⁵ *Praefatio* LXXI, nota 2

²²⁶ Vid , «Uber die Entstehung», *op cit* , p 226

²²⁷ En Patetta 217, en el que está el añadido de primera mano igual que en los demás E, tiene anotado marginalmente que el añadido falta en F Hemos podido cotejar Durham, Laon 353, Montpellier H80, París lat 4452, Troyes 408 y Wien 2261 En el único manuscrito que no está el añadido es en París lat 4458

²²⁸ Aunque en este trabajo MOMMSEN al valorar el manuscrito París 4454 como uno de los mejores del *Infortiatum* cita la mácula que representa el que haya recogido este añadido de primera mano Vid , «Uber die Kritische», *op cit.*, p 117, nota 1. Vid. también SAVIGNY, «Storia. » , *op cit* , p 685 nota e) Por otro lado las fuentes griegas no aportan nada, pues tanto en el esolio de Basílicas como en el *τιπούχεις* el contenido del parágrafo pr. es muy simplificado

troducido en texto. No obstante hay que tener en cuenta que la variante se encuentra antes de iniciarse el parágrafo 1 del propio texto, y por ello puede indicarse que el texto sea el resultado de una composición compilatoria. De ahí que la variante pudiera encontrarse ya en los propios textos que salieron de la Cancillería de Justiniano ²²⁹. En cualquier caso, el añadido cumple el objeto de este apartado.

6. D. 28,7,27,1, (Mo. 864.40)

hereditas condicillis *neque dari neque adimi potest*

Lo subrayado se encuentra no sólo en todos los Manuscritos Boloñeses cotejados por Mommsen y Troyes 408 cotejado por nosotros, sino también en Basílicas (Synopsis) ²³⁰. La parquedad del añadido y la cacofonía que se origina haciendo «pendant» con el otro *neque*, puede fundamentar tanto la caída en F del añadido como su hallazgo por conjetura.

7. D. 30,9 (Mo. 2.17)

scripsit et posliminium iure consistere

Todos los representantes del texto de la Vulgata tienen esta lección (con alguna variante) ²³¹. La situación del Manuscrito F en este punto es particular; todo el añadido forma una línea que es la última del folio, correspondiente a la columna derecha. Está borrada o es borrosa, y sólo puede leerse con dificultad *consistere*. La causa no puede ser física pues afectaría a más de una línea, o incluso al propio folio en el verso. Mommsen data la mano correctora de F en los siglos XV o XVI. Lo curioso es que la corrección de F no se corresponde exactamente con el texto de los testimonios de la Vulgata. Este constituye un caso extremadamente particular.

8. D. 30,47, pr. (Mo. 13.11)

sed eam absque mora praestare qua intercedente usuras et omnem utilitatem praestandam Sabinus ait sed si res alibi

Lo subrayado se encuentra en todos los manuscritos del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen, incluso el Ottobónia 1600

²²⁹ Es decir, en este caso esta variante podría calificarse como «variante de autor».

²³⁰ Aunque C omite *neque*

²³¹ Patetta 217 y D'Ablaing 1, así como Durham, Laon 353, París lat. 4458, Troyes 408 y Wien 2261, tienen el añadido como los demás.

de primera mano. Nosotros hemos cotejado Durham, Oxford S.J. 24, París lat. 4452, Troyes 408, en los que se encuentra en texto y en primera transcripción. En Wien 2261 está también en primera transcripción, pero *absque mora* en margen derecho. En Montpellier H80 está recogido en margen izquierdo. También hemos podido cotejar LIBER PAUPERUM VI, 28 (Manuscrito Brugge 375 SB), en donde no está el añadido.

La edición impresa de la glosa de Acursio al *Infortiatum*, en texto, tiene impreso el añadido, y en glosa: *alienis legatis sic rebus* ²³².

En el Manuscrito Florentino está omitido todo esto. Kantorowicz propone que su origen sea una glosa en el Manuscrito S, que hubiera entrado en el texto de la Vulgata como glosema ²³³. Mommsen no lo añade en el texto y en el apartado crítico aduce, entre otras razones, una de tipo dogmático: en el tiempo de La-beon y Sabino en el legado damnatorio no se debían intereses por mora del deudor ²³⁴.

Independientemente de su autenticidad, el que todos los testimonios del texto de la Vulgata tengan el añadido coincidente y de primera mano, nos permite contabilizarlo en este apartado.

9. D. 30,69,2 y 3 (Mo. 18.35)

cuius maxime interest indotatam non esse. Si fundus qui legatus est servitut.

El Manuscrito Florentino omite todas las palabras en cursiva. Por contra todos los representantes del texto de la Vulgata tenidos en cuenta por Mommsen (W, D, E, Q, I, C, K), más Patet-

²³² Vid *Corpus glossatorum Iuris Civiles*, vol VIII, p. 102, glosa a).

²³³ «Die Entstehung...», *op. cit*, p. 245.

²³⁴ Es de las pocas veces que MOMMSEN apoya una decisión filológica en un argumento dogmático. Para nosotros este legado es *damnatorio* a partir del término *heres praestare* (Vid. LENEL). La problemática de la extensión del arbitrio del juez para condenar, en las acciones de D° estricto —en nuestro caso *la actio ex testamento*— y la innovación Sabiniana que les aplica el régimen del *restituere* a partir de la *litis contestatio*, es un controvertido problema que ha dado lugar a numerosas matizaciones. En una Tesis defendida recientemente en Barcelona por el profesor JOSÉ LUIS LINARES, sobre la restitución de frutos en el ámbito del procedimiento de la Epoca clásica, esta problemática es objeto de específico y amplio comentario. Agradecemos las observaciones del profesor citado, sin las que no se hubiera podido realizar esta nota.

ta 217, Montpellier H80, París lat. 4452, París 4458, Troyes 408 y Wien 2261, tienen el añadido, tal como está transcrito y de primera mano. La tradición griega, en el *τιλόυχειτος*, también recoge el contenido del añadido.

El añadido consta de 37 letras y llama la atención el que en F hubiera ocupado una línea completa (la palabra *interest* acaba una línea y la palabra *servitatem* inicia la siguiente). En el margen izquierdo y a la altura de la omisión se encuentra el signo diacrítico ñ que posiblemente signifique *mancum* ²³⁵.

Savigny considera el añadido como auténtico. Mommsen tampoco pone en duda su autenticidad, incorporándolo en bastardilla al texto de la edición ²³⁶.

10. D. 30,84,5 (24.8)

ex e(m)pto actum fuerit *nec tamen hominem cum fuerat adhuc et tunc actor*

Este añadido sólo se encuentra, de primera mano, en el Manuscrito París 4454 ²³⁷. No está significado en el apartado crítico de la *editio maior* pero el propio Mommsen en el trabajo preparatorio de la edición fundamenta en ésta y otras variantes la parquedad del manuscrito citado ²³⁸. Sin querer diagnosticar definitivamente la calidad del añadido sólo apostillaremos que el *nec tamen* hace pensar en un origen glosatorio. El contenido del añadido también apoya esta hipótesis: si el legatario ignorante ejerce la *actio ex empto*, y una vez conocida su condición, ejerce

²³⁵ El propio MOMMSEN en el *Praefatio* XXXVIII, al hablar de aportaciones a F en época más reciente a la de su constitución, dibuja y describe este signo para decir que en su opinión significa *mancum*. Entre los ejemplos que cita está el caso que ahora comentamos. Para DOLEZALECK el significado de los signos de M es *menda*, aunque en ocasiones también pueda significar *memorandum*. Para este autor, *menda* significa la constatación de una laguna en el texto, que se conoce pero no puede completarse Vid «Das Geheimnis der roten Zeichen Ein Beitrag zur Paläographie juristischer Handschriften des zwölften Jahrhunderts», SZ, 1983 (Kanonist Abteilung).

²³⁶ SAVIGNY, «Storia. », *op. cit.*, p 687 MOMMSEN, «Über die kritische», *op. cit.*, p 119, en donde fundamenta principalmente su autenticidad en el testimonio de los griegos En el *Praefatio* LXX, nota 8 lo cita como uno de los pocos casos en que la lección de Vulgata se prefiere a la de F

²³⁷ Hemos cotejado Berlín Latín fol 268 y no tiene el añadido. Tampoco está en Montpellier H80, París Lat. 4452, París lat. 4458, Troyes 408 y Wien 2261

²³⁸ En «Über die kritische . », *op. cit.*, p 117, nota 1.

la *actio ex testamento*, puede sobreentenderse que el esclavo todavía no había llegado a manos del actor (de ambas acciones); además va precedido de *nec tamen*, lo que da apariencia de glosa. Por toda esta argumentación relacionamos aquí este añadido, pero no lo tenemos en cuenta para la contabilización general.

11. D. 30,90,1 (Mo. 26.1)

filiis institutis inter eos verbis legatorum bona diviserit, voluntatis

Lo subrayado, que está omitido en el Manuscrito Florentino, se encuentra de primera mano en todos los manuscritos del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen²³⁹ y en la tradición griega (τυπουχειτός). Un evidente homeoteleuto puede ser la causa de caída en el Manuscrito Florentino —*tis a tis*—; el contenido del añadido es imprescindible para el entendimiento del texto.

Todos los argumentos coinciden en indicar la autenticidad del añadido. Mommsen lo incorpora al texto de la edición²⁴⁰.

12. D. 30,91,1 (Mo. 26.12)

legatum efficient quia dies huius legati ab adita hereditate venire debent, quod hic esse non potest.

Este añadido se encuentra en el Manuscrito de París 4454 y también, aunque de otra manera, en el Manuscrito Colladonianus y en Bamberg D. 1,10, y Montpellier H80, de primera y segunda mano respectivamente²⁴¹. No hay una razón aparente que explique la caída de la secuencia en F, y la versión de la tradición griega es muy sucinta. Para Mommsen no hay duda del origen glosatorio. El contenido del añadido no es necesario al texto, dado que razona sobre la afirmación anterior.

El añadido es digno de tenerse en cuenta, pero hay tantas razones para argumentar que nos encontramos delante de una glosa que no se contabilizará en el cálculo general.

²³⁹ Excepto en el manuscrito Berlín fol 268 (D) MOMMSEN diagnostica que lo recoge en el margen de D una mano más reciente que la del corrector ordinario. En «Uber die kritische» dice que sólo puede explicarse por la autoridad de F. Se encuentra de primera mano en Durham, París 4452 y París 4458. De segunda mano en Montpellier H80 y Oxford S. J. 24

²⁴⁰ Y lo cita en *Praefatio* LXX, nota 8. SAVIGNY no recoge este añadido

²⁴¹ Vid. MOMMSEN en «Uber die kritische», *op. cit.*, p 117, nota 1, donde comenta este añadido indirectamente pues minimiza el valor del testimonio París 4454, entre otros motivos, por contener el añadido. En el resto de manuscritos no está

13. D. 31,40 (Mo. 46.22)

quia partem alterius servi *per alterum servuum adquire perinde ac si meo et alterius servo esset legatum*

El añadido se encuentra, de primera mano, en todos los manuscritos cotejados por Mommsen²⁴². El Manuscrito Florentino no tiene el añadido, pero sí cuenta con la particularidad de que el propio copista corrige el primer *servi* dejándolo en *servo*. El fragmento en la tradición griega hay que ir a buscarlo en el τυπουχειτός, que tiene una versión sintética del mismo, y por tanto no es decisivo para este caso²⁴³.

Savigny y Mommsen no dudan de la autenticidad del añadido²⁴⁴. El añadido es imprescindible para el entendimiento del texto, y por sí mismo no tiene sentido.

14. D. 31,50, pr. y 1 (Mo. 49.2)

donatio confertur **Paulus libro VI ad legem iul. et pap.** Si Titius -

El subrayado más intenso corresponde a un añadido, en relación a F, de los Manuscritos W y K. También París lat. 4452, París lat. 4458; Troyes 408 y Oxford S.J. 24, sólo tienen el nombre del jurista. Uno Paulus y otro *idem*. En todos ellos, no sólo está el añadido, sino que con él abren una nueva lex. Durham también abre nueva lex con la inscripción Paulus, pero atribuyendo el fragmento 50 a Marcianus, en lugar de *Marcellus*. Laon 353 y Montpellier H80, no tienen el añadido, pero en margen izquierdo una segunda mano ha puesto *hic lex Paulus*. Wien 2261 no tiene ni huella del añadido. En el Manuscrito Florentino la palabra *confertur* acaba la línea correspondiente y las palabras *Si Titius* inician la línea siguiente.

²⁴² Hay que añadir Patetta 217, París 4458, Troyes 408, Wien 2261 y Oxford S. J. 24 cotejados por nosotros. La disposición de las palabras no coincide en todos los manuscritos. Los manuscritos E e I tienen glosas marginales que se refieren a la ausencia del añadido «*hoc totum*» en F.

²⁴³ ληγατευθέν(ι) δούλω πρὸ τοῦ ὑπεισελευσθῆν(αι) τὴν κληρονομίαν. (40 [=38])
Καὶ περὶ τοῦ ἔαν τὸ αὐτὸ πρᾶγμα ληγατευθῆ δυοῖ δούλοις μου, πῶς δύναμαι ἐξ ὀνόματος τοῦ ἑνὸς παραιτούμενος αὐτὸ ὄνομα(ι) τοῦ ἄλλου λαμβάνειν ὄλον. (41 [=39])
Καὶ περὶ τοῦ ἔαν τοῦ ἀγροῦ μου τὸ ἦμι(συ) ληγατεύσω

Edición Biblioteca Apostólica Vaticana (1955). Vol. 4, pág. 129.

²⁴⁴ SAVIGNY, «Storia. .», *op. cit.*, p. 687, MOMMSEN, «Uber», p. 119 comenta que la caída se debe a homeoteleuto desde *alterius servi* a *alterius servo*. La corrección de F en este punto es determinante. *Praefatio* LXX y lo recoge en el texto de la edición.

Mommsen no incorpora el añadido al texto pero en el aparato crítico le dedica un extenso comentario en el que trae a colación la teoría de las masas de Bluhme como fundamento de la autenticidad de esa inscripción ²⁴⁵. Efectivamente en el libro 31 del Digesto, todos los textos desde el 49 al 61 inclusive, son comentarios de diversos juristas a la ley Julia y Papia, excepto el texto 50, que corresponde al jurista Marcelo libro 28 digestorum.

Es impensable que el añadido tenga origen conjetural.

15. D. 32,47,1 (Mo. 87.24)

eius causa paravisse videtur quae prioris uxoris causa parata sunt

Este añadido, en relación a F, que cuenta con 38 letras, está en todos los manuscritos del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen, de primera mano, excepto en París 4454 y en Berolinensis lat. fol. 268. Durham, Montpellier H80, París lat. 4458, Troyes 408 y Wien 2261, lo tienen también de primera mano. Oxford S.J. 24 y París 4452 lo tienen, pero sin la palabra *prioris*. En F hubiera ocupado una línea. Savigny citando a Cuyacio lo considera auténtico. Para Mommsen en cambio el añadido es una interpolación de Haloandro (?) ²⁴⁶ y en consecuencia no lo incorpora al texto de la edición señalándolo expresamente en el espacio que normalmente dedica a conjeturas; la versión de las Basílicas no decide en este caso ²⁴⁷. Kantorowicz que considera el añadido digno de recuperación en texto, hace especial hincapié en el coincidente homeoteleuto que sufren E y K ²⁴⁸.

Un homeoteleuto, de *causa a causa*, defiende la autenticidad del añadido; el texto en general tiene un número de palabras repetidas considerable, es decir que puede llevar a confusión. Un análisis de contenido apuntaría también a la recuperación del añadido ²⁴⁹. No obstante el que dos de los testimonios importan-

²⁴⁵ Vid. *Palíngenesia I.Ci* vol 1, p. 631, núm. 259 y nota 2. LENEL citando a MOMMSEN se suma a considerarlo auténtico.

²⁴⁶ Vid. «Uber die kritische», *op. cit.*, p. 123, aunque en la edición ya no cita a HALOANDRO, sino que le añade simplemente en el espacio dedicado a conjeturas

²⁴⁷ Vid. *Manuale Basilicorum* (Heimbach), vol. 4.º. *Supplementum*, pág. 381 Hay que ir al *τιπουχειτός*. Vid. también edición de la Biblioteca A. Vaticana p. 149.

²⁴⁸ Vid. «Entstehung...», *op. cit.*, p. 225 al comentar los añadidos que provienen de un extracto de Pandectas. El homeoteleuto es desde *parata sunt* hasta *quae*.

²⁴⁹ Un análisis del contenido del párrafo:

si el marido no adquiere para la segunda esposa, pero le hace entrega de lo

tes del *Infortiatum* no tengan el añadido, resulta un escollo difícil de salvar para proponer la autenticidad.

16. D. 33,2,19 (Mo. 109.31)

ut *alius usum fructum alius nudam* proprietatem haberet alter (F)

Todos los manuscritos del texto de la Vulgata manifiestan esta lección tal como está en el subrayado (Berolinensis lat. fol. 268 (D), de primera mano, tiene la misma lección que F [aunque omite *nudam*], es decir sin lo subrayado y variando *alius* por *alter*²⁵⁰). En un extracto marginal del Liber Pauperum VI, 34, está este párrafo. No hemos podido cotejarlo. El texto de las Basílicas no decide en este caso, pues acentúa una problemática distinta, la concurrencia de derechos sobre una cosa, mientras que el texto del Digesto está más preocupado por el problema de la formalidad en la disposición del legado.

La posibilidad paleográfica que explicaría la caída en F se hace difícil de imaginar; la variación de *alter* no es caprichosa sino que el primer *alius* concordará con el segundo *alius*. Esto le da al añadido un viso de conjetura difícil de superar. El contenido del añadido tampoco aporta ninguna novedad al texto, pues cuando se habla de un nudo propietario hay que suponer un usufructuario. No podemos recoger ninguna cita de autoridad, excepto la nota crítica de la edición de Mommsen, que no lo incluye en texto.

17. D. 33,5,9 (Mo. 120.10)

...um non elegerit *eidem Titio Pamphilum, si Stichum non elegerit...*

Este grupo de palabras en cursiva, que tiene 39 letras, se encuentra en todos los manuscritos del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen, de primera mano, a excepción de los dos Códices Bambergensis (E e I en la edición). En I el añadido está recogido de segunda mano y en E, donde debería constar hay un es-

que tenía la primera, debe considerarse a causa de esto que la disposición se refería a lo que tenía la primera». Necesariamente en la oración que concluye el supuesto de la condicional, tiene que hacer referencia expresa a la primera mujer; en otro caso no tendría sentido hablar de un legado genérico de pertenencias personales de la segunda mujer, si no hay en la conclusión una referencia a la primera que es para quien se adquirieron.

²⁵⁰ Los manuscritos Laon 353, Montpellier H80, Oxford S.J. 24, París lat. 4452, París lat. 4458, Troyes 408 y Wien 2261 tienen el añadido.

pacio en blanco, pero no está recogido en margen. Nosotros hemos cotejado Durham, Laon 353, Oxford S.J. 24, París lat. 4458, Troyes 408 y Wien 2261, en los que el añadido se encuentra de primera mano. En París lat. 4452 se encuentra, parece de primera mano, pero muy abreviado ²⁵¹. El Manuscrito Florentino omite todo este trozo ²⁵². La situación en la tradición griega (τιπουχειτος) es concluyente para determinar su autenticidad, ya que manifiesta por entero el contenido del añadido.

Savigny no comenta este añadido; Mommsen lo recoge en el texto y en el *Praefatio* ²⁵³ se refiere expresamente a su autenticidad. El salto del primer *elegerit* al segundo *elegerit* parece la causa más evidente de la omisión en F. El contenido es imprescindible para el sentido del texto. No creemos que pueda haber duda sobre su autenticidad.

18. D. 33,5,21 (Mo. 121.32)

in familiam nupserit *dari volo. et si antequam nupserit*, aliquod

El añadido se encuentra, de primera mano, en todos los testimonios del texto de la Vulgata. Han de añadirse a los citados en la edición, Montpellier H80, Troyes 408, Wien 2261. Tiene 28 letras. En el Manuscrito Florentino no está. La tradición griega, en este caso el τιπουχειτος, no deciden, pues el escolio tiene una sintética redacción.

Savigny y Mommsen lo consideran un añadido auténtico ²⁵⁴. La causa de la omisión de F es un homeoteleuto desde *nupserit* a *nupserit* y el contenido resulta imprescindible para el entendimiento del texto.

Sirve para este caso el mismo diagnóstico del caso anterior.

19. D. 33,7,3,1 (Mo 124.23)

non idcirco servi manumissi *cum praediis ex causa fideicomissi praesta*

Este grupo de 31 letras está añadido en todos los testimonios del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen, de primera

²⁵¹ Ambos tienen una anotación marginal relativa al añadido. La situación de E resulta muy insólita.

²⁵² En F no hubiera formado línea.

²⁵³ *Praefatio* LXXI, n. 10

²⁵⁴ SAVIGNY, «Storia . . .», *op. cit.*, p. 687 y MOMMSEN en «Über die...», *op. cit.*, p. 119 *Praefatio* LXXI nota 10 y lo introduce en texto.

mano. Han de añadirse Montpellier H80, París lat. 4458, Troyes 408 y Wien 2261. El Manuscrito Florentino las omite. Las Basílicas no dan razón de este añadido, aunque dado que la redacción es tan breve éste no resulta un dato relevante. (Para este texto las Basílicas sólo se refieren a lo correspondiente al párrafo pr., pero al 1 no hay ninguna referencia).

Mommsen comenta su extrañeza de que Savigny no haya trabajado el añadido. El Editor del Digesto califica el añadido de «echter Zusatz» y dice que queda perfectamente explicado por un homeoteleuto de *missi* a *missi*. Pero el añadido no se encuentra recogido en el texto, sino que está anotado en el espacio dedicado a conjeturas. Curiosamente en el *Praefatio*, en donde comenta las *Verae emendationes Bononiensium* está recogido este añadido ²⁵⁵.

El contenido del añadido tampoco ofrece mucha luz al problema. Para nosotros, no tiene visos de ser una conjetura.

20. D. 33,10,7,1 (Mo. 140.33)

intueri oportet *sed de his quidem de quibus dubitari potest suppellectilis*

Las palabras subrayadas no están en el Manuscrito Florentino —y si estuvieran no formarían línea—; están sin embargo en los representantes del texto de la Vulgata (W D E I C K), más Durham, Montpellier H80, Troyes 408 y Wien 2261; excepto en París 4454 (Q) y Ottobonia 1600. La versión de las Basílicas no es decisiva, aunque puede utilizarse como fundamento de autenticidad del añadido ²⁵⁶.

Savigny lo recoge entre los añadidos auténticos pero Mommsen lo considera fruto de conjetura ²⁵⁷, «guter oder schlechter Konjektur». Para nosotros resulta difícil tomar una decisión. La extensión del añadido (o el posible homeoteleuto centrado de *test* a *test*) y el encontrarse en 10 de los manuscritos cotejados, aparte de la posible fundamentación en el texto de la tradición griega, son elementos en los que argumentar la autenticidad del añadido; pero el contenido del añadido, cuya aportación al entendimiento del

²⁵⁵ MOMMSEN en «Über die kritische», *op. cit.*, p. 119 *Praefatio* LXXI, en el aparato crítico dice «Savigny hat denselben ubergangen»

²⁵⁶ El texto es de *πλοχειτος*, vid., edición ya citada, p. 415 del volumen 4.º

²⁵⁷ SAVIGNY, «Storia...», p. 687 cita a HOFFMAN en *meletematadiss* XXVI, párrafo 12.

texto no es imprescindible, el que el añadido empiece con las palabras *sed de* que sin duda aportan al añadido un viso de conjetura, y el que no se encuentra en uno de los mejores representantes del texto de la Vulgata para el *Infortiatum* (en Q), son un cúmulo de argumentos con los que puede argumentarse el origen conjetural del de estas palabras ²⁵⁸.

21. D. 33,10,14 (Mo. 141.37)

a testatore fuerit. Verum est id dotis legato inesse, quod in accione de dote inerat et ideo si inter virum et uxorem convenerat, ut mortis causa soluto matrimonio filio filieve relinqueret, nichil alienatione de dote fieret constituto iure, cum de aliis eligendis potestas non fieret, quod dotalia predia contra legem Iuliam vendidit et uxori legata dedit et emptoris fideicommissit, ut id predium meliu ei restitueret. Emptorem fideicommissio teneri constat. Sed tamen accepto legato filie venditionem irritam faceret quia quo mulieres per dotis copulam hoc filie tenet pro hereditate ut vacuit nusquam comparat et quam iustum est quod competet mater hoc et filiis quia semper filii matres succedant.

Se trata de uno de los añadidos más extensos entre los que se encuentran en el texto de varios o todos los representantes del texto de la Vulgata en relación al Manuscrito Florentino. Los Manuscritos E, Q, C, Ottobonia 1600 y Patteta 217, con pequeñas variaciones, muestran de primera mano el último fragmento del libro 33 del Digesto, del Jurista Callistrato, con el texto del Manuscrito Florentino más todo lo subrayado más arriba ²⁵⁹. W, D, I, K, no se encuentran citados en el aparato crítico de Mommsen. Nosotros hemos cotejado D'Ablaing 1, en el que no se encuentra el añadido y además los fragmentos 12 y 13 están unidos. Hemos cotejado también Montpellier H80, Oxford S.J. 24, Troyes 408, en los que se encuentra completo el añadido. En Durham, Laon y

²⁵⁸ MOMMSEN ha cotejado el manuscrito Ottobonia 1600, testimonio que sólo coteja en casos extraordinarios. Esto indica que el editor del Digesto también dudó para calificar esta variante.

La lex a que nos referimos está tratada exhaustivamente en *Aenigma*, de Juan MIQUEL, *op cit*

²⁵⁹ En Q marginalmente y a la altura de *testatore fuerit* está escrito *explicit liber 33*. Parece una mano distinta de la del copista, y es de suponer que esta nota es fruto del cotejo con F.

Wien 2261, no se encuentra el extenso añadido. En París lat. 4452 se encuentra al añadido en primera transcripción, y después tachado muy burdamente con el cruce de dos líneas inclinadas. La tradición griega no tiene huellas de esta variante ²⁶⁰. El Manuscrito Florentino finaliza el libro 33 del Digesto en el folio 65', del segundo volumen para iniciar el libro 34 en el folio 66. Ahora bien, el folio 65' no queda completado con el final del libro 33 sino que muestra un espacio sin texto, ocupado por una miniatura, y la mención habitual de finalización de libro. (Normalmente el Manuscrito Florentino, como todo manuscrito de categoría, inicia libro en un principio de hoja; es decir la situación de F en este punto es normal.)

Puede ser una feliz conjetura que se ha introducido en algunos de los Manuscritos Boloñeses de primera mano, por cotejo entre ellos. A todo esto se puede añadir que las primeras palabras del añadido, «*verum est*», insinúan una glosa.

Desde el punto de vista del sentido del texto, con y sin el añadido, puede llegarse a la misma conclusión que desde el punto de vista crítico; lo más probable es que sea espúreo. El jurista Callistrato está comentando el legado de «*supellex*». Los primeros textos del título tienen la finalidad de conceptuar y acotar el objeto de este legado; después los textos van desgranando particularidades de esta institución; exactamente el último texto del título, de Callistrato libro tercero *de cognitionibus*, dice que no deben entenderse en el legado de fundo, los instrumentos a él adscritos, a no ser que el disponente lo mencione así expresamente.

El añadido comenta la acción de dote que lleva consigo el legado, y comenta también el caso de que entre esposos hayan convenido dejar a la hija un bien, en dote. No tiene presente para nada el legado de *supellex*. Buscando los textos de este mismo jurista en el Digesto, para comprobar si el añadido correspondía a otro título, tampoco hemos encontrado otro título en el que el contenido del añadido tuviera sentido, y el último texto fuera de Callistrato.

Con todo ello, lo que parece es que los indicios apuntan a la no autenticidad del texto, al menos en este título. Por ello, en este

²⁶⁰ Vol. 4.º de la edición de las Basílicas de Heimbach, p. 416.

título, la decisión de Mommsen de no incorporar el añadido al texto, parece la más razonable.

Los autores, en general, no han tenido en cuenta esta insólita variante. Mommsen se limita a señalar, en el aparato crítico, que debe confrontarse con D. 33,4,1,pr. y 1²⁶¹, y lógicamente no la recoge en el texto de la edición. Indudablemente el sentido del añadido corresponde más al título 4, *de dote praelegata*, que no al título 10 *de supplectile legata*. Pero en esta variante hay un elemento paleográfico de considerable valor; el añadido se encuentra en el final de un libro. Hay que suponer que final de texto de un libro, en los ejemplares de la Cancillería de Justiniano, se materializaba en finalización de folio aunque quedara espacio sobrante. Es fácil que un trozo de texto, extenso para ser un añadido en relación a F pero escaso para justificar la ocupación de un folio entero, se perdiera incluso para algunos de los ejemplares que iban a llevar el sello de Justiniano.

22. D. 34,2,23 (Mo. 152.40)

D. 34,2,25,8

constabit. *Item pelles caprinae et aginae vestis erunt.*

Este añadido de 38 letras corresponde exactamente al párrafo 8 del fragmento 25 h. t. En el Manuscrito Florentino se encuentra recogido por el corrector al final de la columna del folio correspondiente con un signo diacrítico que indica el lugar en donde debe añadirse. Puede apreciarse en fotocopia que la situación de F en este punto es univalente lo que quiere decir que no puede haber inducido la variante del texto de la Vulgata. Todos los testimonios cotejados por Mommsen (E^a es dudoso) más Patetta 217, D'Ablaing 1 y Montpellier H80, tienen de primera mano, el párrafo 8 del fragmento 25, recogido en su lugar. Pero también todos ellos, lo han añadido detrás del fragmento 23²⁶². E^b, I, París 4452, Troyes 408 y Wien 2261 solo lo tienen en frag-

²⁶¹ En realidad, el aparato crítico remite al título 3 del libro 33, pero nos ha parecido una confusión tipográfica

²⁶² En Q puede apreciarse la anotación marginal a la altura del fragmento 25, *caprine pelles*. En Patetta el añadido después de la lex 23 está de segunda mano, y en D'Ablaing 1 tiene un signo diacrítico que tanto puede significar *sic*, como ser la abreviación de *et* al final de palabra. Vid. SEECKEL, «Palaographie...», SZ, 45 (1925), p. 5.

mento 25. En Wien, detrás de fragmento 23 lo ha añadido una mano posterior. La tradición griega no manifiesta este añadido en lo correspondiente al fragmento 23.

Como en el caso anterior los autores no se han preocupado de este añadido. Mommsen se limita a señalarlo en el apartado crítico (en lo correspondiente al fragmento 25, no al 23). Nosotros queremos resaltar un elemento que tal vez pasó desapercibido al editor: El conjunto de fragmentos 23, 24 y 25 forman una unidad en la que los compiladores intercalaron un pequeño fragmento de Paulus libro 11 ad Sabinum. Los fragmentos 23 y 25 tienen la misma inscripción, *Ulpianus libro 44 ad Sabinum*. Tanto en uno como en otro se intenta enumerar exhaustivamente lo que puede y debe entenderse comprendido en un legado de vestimenta. En el primer texto el fragmento cumple la función de adjetivar la piel de que pueden estar hechos los vestidos legados —de cabra o de cordero— y en el segundo se adjetiva la piel que puede ser objeto de legado de vestidos —de cabra o de cordero—. Esta hipótesis puede apoyarse paleográficamente. El espacio en blanco que deja el copista de F, donde hubiera tenido que ir lo que luego se añade más abajo, es indicativo de una duda del propio copista. Segundo: los manuscritos del texto de la Vulgata muestran el añadido en dos lugares distintos, y de primera mano. Si el añadido tuviera su origen en la trasposición de un añadido marginal, sólo se manifestaría en un lugar, no en los dos, y de primera mano²⁶³.

23. D. 34,2,27,4 (Mo. 153.43)

suum esset cum moreretur eius omne aurum fiet quod tunc pater familias cum moreretur, vindicare.

Lo subrayado está omitido en el Manuscrito Florentino y en dos de los mejores representantes del texto de la Vulgata para el *Infortiatum* (Q y K); en todos los demás testimonios del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen más Patetta 217, Montpellier H80, Oxford S.J. 24, París 4452, Troyes 408 y Wien 2261, de primera mano, tienen este añadido de 50 letras, a excepción de uno de los testimonios, que de primera mano (D^a) tiene una omi-

²⁶³ Vid. en *Palinnesia I.C.*, cómo Otto LENEL relaciona los fragmentos 23 y 25, por un lado, y 24 y 26 por otro, por su inscripción y contenido, vol. I, núms. 1282 y 1283, y vol II, núms. 1177 y 1178

sión por homeoteleuto que coge parte del añadido. Las Basílicas no deciden en este caso.

Mommsen aunque incorpora el añadido al texto no lo recoge expresamente en el *Praefatio* al hablar de las verdaderas emendaciones en los Manuscritos Boloñeses. Un salto desde el primer *moreretur* al segundo *moreretur* parece la causa de la caída de la frase en F; resulta más difícil explicar la omisión de Q y K. ¿No estaba en el o los modelos de ambos, o es un error propio? El sentido del añadido es necesario para el entendimiento del párrafo 4 del fragmento 27, e incluso su construcción gramatical demanda la inclusión del añadido.

24. D. 34,3,11 (Mo. 160.16)

inutile legatum esset quemadmodum inutile legatum est quod debitor

Mommsen explica en el aparato crítico la particular situación de F en este punto ²⁶⁴: su hipótesis nos parece irrefutable. El corrector de F recogió en el margen derecho la secuencia *legat respondit quotiens debitor creditori suo*, que el copista había colocado correctamente en su lugar, en el texto. Dado que en F, una línea más arriba hay una omisión en relación al texto de los testimonios de la Vulgata, cuya intercalación es imprescindible para el entendimiento del texto, hay que suponer que el copista quería recoger en margen lo verdaderamente omitido (*esset quemadmodum inutile legatum*) y por confusión recogió algo que estaba en su lugar desde la primera transcripción hecha a aquel testimonio. ¿Qué otra razón puede haber para que se recoja en margen algo que ya está en el lugar que le corresponde? Esta hipótesis también sirve de fundamento para proponer la autenticidad del añadido.

K, cotejado por Mommsen en este caso, y Q, cotejado por nosotros no tienen el añadido, es decir el texto es igual que el de F. Oxford S.J. 24 y París 4452 no tienen el añadido tampoco. Pero W, D, E, I, C, más Patetta 217 y D'Ablaing 1, Montpellier H80, Troyes 408 y Wien 2261, tienen recogido el añadido en texto y de primera mano. La argumentación de autenticidad se completa

²⁶⁴ En *Praefatio* LXX está recogido en las «verae emendationes». La tradición griega no permite argumentar en favor o en contra del añadido, vid HEIMBACH, vol 4º, p. 427.

con el evidente homeoteleuto que sufre el copista de F desde *inutile legatum esset* a *inutile legatum est*, que explica la omisión. Como en el caso anterior es difícil explicar los dos representantes del texto de la Vulgata que omiten igual que F.

El Manuscrito D'Ablaing presenta en este punto una situación especial. En texto omite exactamente lo que F tienen en el margen, luego esa omisión la recogerá el corrector (o el propio copista). Podría pensarse que la disposición de F ha sido la causante de esta situación en D'Ablaing 1, y convertirse esta variante en un *error coniunctivus* de difícil cuestionabilidad. Ahora bien la última palabra antes de lo recogido marginalmente y la última palabra de lo recogido marginalmente es *suo*. Es más plausible que el homeoteleuto lo sufriera el propio copista de D'Ablaing que no que este texto recogido marginalmente tenga su origen en la especial disposición de F.

25. D. 34,3,21,pr. (Mo. 161.28)

Si id quod mihi *deberes vel tibi vel alii legavero idque mihi* solveris

La lección de F, Q y K y Oxford S.J. 24 no tiene las palabras subrayadas. En F este añadido no correspondería exactamente a una línea; aunque consta de 38 letras. Todos los restantes manuscritos del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen, más Patetta 217 y D'Ablaing 1, Montpellier H80, París 4452, Troyes 408 y Wien 2261, tienen el añadido de primera mano^{265, 266}.

26. D. 34,5, entre fragmentos 3 y 4 (Mo. 171.13)

Idem lex II resp. (en los manuscritos que tienen inscripciones). *Paulus respondit: in quod conditionis implendae causa dandum est sine dubio certis et incertis personis dari debere, ut fideicomissi petitio possit competere.*

En los testimonios D, E, I, C, K, Ottobonia 1600, Patetta 217, D'Ablaing 1, Durham, Laon 353, Montpellier H80, Oxford S. J. 24, París 4452 y Wien 2261, se encuentra de primera mano todo este fragmento intercalado entre el 3 y el 4. El manuscrito Florentino, W y Q no tienen huella de este añadido. Troyes 408 lo ha recoge-

²⁶⁵ Destacamos que la versión de W no es exactamente la del añadido. La tradición griega no decide (Heimbach, vol 4^o, p 428)

²⁶⁶ MOMMSEN recupera en texto y recoge en *Praefatio* LXX con las «verdaderas emendaciones»

do, sin inscripción, como glosa marginal. En la tradición griega (τιπουχειτός) no se conoce tampoco este texto. En la glosa de Acurcio puede leerse: *Paulus respondit non alius incipit idem, et quidam dicunt quod hec lex non est in Pandecta* ²⁶⁷.

Para Savigny el añadido es auténtico mientras que para Mommsen es probablemente falso ²⁶⁸. A nosotros nos ha llamado la atención un elemento que no está subrayado en la edición de Mommsen: el fragmento 4 y el añadido de algunos testimonios del texto de la Vulgata empiezan con las mismas palabras: *Paulus respondit*. Muy bien podría haber sido ésto la causa del salto del copista de F al siguiente *Paulus respondit*. Coincide así con la inscripción del texto añadido la cual inscripción sólo se encuentra en algunos manuscritos. También debe barajarse la hipótesis de que los propios ejemplares de la comisión compilatoria no fueran iguales en este punto, y unos hubieran recogido este texto y otros no ²⁶⁹. Por otro lado, el texto añadido tampoco se encuentra reproducido en otra parte del Digesto, con lo que ya queda excluida una trasposición, además de que el contenido del texto añadido encaja perfectamente con el título, *De rebus dubiis*.

27. D. 36,1,28,9 (Mo. 238.34).

ut hereditatem Titii adeas et restituas tuque hereditatem Mevii adieris

Este añadido de 38 letras está en los testimonios E I C K D^b Patetta 217 y D'Ablaing 1, Oxford S.J. 24 y Troyes 408. Wien 2261 tiene *restitueret*. El manuscrito Florentino, W y Q tienen una versión coincidente, sin el añadido. (D de primera mano omite todo el trozo transcrito). El texto de la tradición griega no decide sobre su autenticidad ²⁷⁰.

Savigny propone la autenticidad mientras que para Momm-

²⁶⁷ Vid. «Corpus glossatorum», *op. cit.*, p. 170.

²⁶⁸ SAVIGNY, «Storia», p. 687 y MOMMSEN, «Uber die kritische...», p. 123

²⁶⁹ Lo que se llamaría **variante de autor**, LENEL en la *Palinnesia*, y de acuerdo con lo que dice en el *Praefatio* a ésta, no recoge este texto entre los de *Paulus responsorum*. Creemos que una referencia como nota a pie de página hubiera sido necesaria.

²⁷⁰ HEIMBACH, vol. 3, p. 589, el texto es del τιπουχειτός. Vid. edición Biblioteca Vaticana, *op. cit.*, vol. 3, p. 223. Llama la atención que el parágrafo anterior de la misma lex (8) está redactado impersonalmente mientras que el parágrafo 9 ya lo hace en segunda persona. El texto griego también está en segunda persona

sen solo significa una buena conjetura²⁷¹. Lo curioso es que Mommsen en el texto de su edición, completa la evidente laguna del párrafo a que nos referimos con una secuencia de Ulpiano en una lex situado en el propio título y libro. Desde nuestro punto de vista, dado que no hay en el añadido del texto de la Vulgata ningún elemento que lo haga sospechoso de conjetura, lo hubiéramos utilizado para reconstituir el texto de la edición.

28. D. 36,3,14 (Mo. 268.34).

relictum sive ex die *certa vel* incerta vel sub condicione

El trozo subrayado es fruto de una conjetura de Mommsen a partir de la versión de la tradición griega. Esta versión difiere de la del texto de la Vulgata que tiene «relictum sive ex die *certa sive* sub condicione». En cualquier caso el origen de la versión del texto de la Vulgata puede ser también conjetural, pues de la misma manera que Mommsen vio la necesidad de añadir algo que cerrara una oración dogmática y gramaticalmente incompleta, lo habían comprobado los propios glosadores²⁷².

29. D. 38,6 entre; 1 y 2; 3 y 4; 4 y 5 (Mo. 345).

Esta variante consiste en que los manuscritos del texto de la Vulgata intercalan entre los primeros textos del título las palabras *unde liberi*, con la intención, al parecer, de constituir una rúbrica más. Parece claro el origen conjetural de este añadido. Las rúbricas de los títulos sucesivos son *unde legitimi*, *unde cognati*, que corresponde al orden propuesto en la lex primera del título que tratamos (título 6) para la sucesión intestada —aunque falta la rúbrica —*unde vir et uxor*—: «*Sed successionem ab intestato in plures partes divisit: fecit enim gradus varios, primum liberorum, secundum legitimorum, tertium cognatorum, deinde viri et uxoris*». El haber añadido esta rúbrica es una redundancia, puesto que la rúbrica del título 6 ya es «la sucesión (intestada) de los *liberi* una vez el testamento ha devenido nulo».

El añadido no se encuentra en el mismo lugar en todos los manuscritos cotejados del texto de la Vulgata: en D e I se encuentra de segunda mano entre las lex 1 y 2; en Q, en C y en Oxford S.J. 24,

²⁷¹ SAVIGNY, «Storia », *op cit.*, p 687, y MOMMSEN, «Uber die.. », p 123

²⁷² Nosotros hubiéramos preferido para la edición la versión del texto de la Vulgata a la conjetura

- D. 36,2,18, (Mo. 262.8̄)... postumus natus fuerit (F), postumus natus *vivus* fuerit ²⁷⁷
- D. 36,2,19,2, (Mo. 262.17̄)... legatum est quemadmodum (F); legatum est *tale est* quemadmodum ²⁷⁸
- D. 37,4,6,4, (Mo. 280.33̄)... adoptio (F e I); adoptio *enim* ²⁷⁹
- D. 37,5,23, (Mo. 290.41̄)... vel relictum vel virilem (F) vel relictum vel virilem *portionem* ²⁸⁰
- D. 37,11,1,8, (Mo. 311.16̄)... possessio secundum peti (F) possessio secundum *Tabulas* peti
- D. 37,11,1, final (Mo. 311.29̄)... sit pars uni (F) sit pars una *tantum*

RECAPITULACION

De las 29 variantes comentadas en este apartado ²⁸¹ excluirémos 10, pues como hemos dicho en el comentario correspondiente a cada una de ellas, pueden haber llegado al texto de los testimonios de la Vulgata por conjetura o glosa. Estas son las numeradas por 2, 6, 7, 10, 12, 16, 20, 21, 28, 29.

Restan 19 variantes, es decir lecciones que en el texto de los testimonios más antiguos del Infortiatum se encuentran con una considerable aportación, en relación a las correspondientes lecciones en el texto del Manuscrito Florentino. Se han cotejado to-

²⁷⁷ A los que cita MOMMSEN se pueden añadir D'Ablaing 1, Patetta 217. En Q puede apreciarse que en lo relativo a este testimonio no es exacta la descripción de la editio maior.

²⁷⁸ También D'Ablaing 1 y Patetta 17. Este recoge en el margen desde *sub conditione* hasta *si debitori* (Mo. 262, 17̄ y 18̄). Q tiene la misma lección que los restantes testimonios del texto de la Vulgata citados por MOMMSEN, y además tiene un pequeño añadido particular entre *instituto* y *sub conditione*, *debet legatum*.

²⁷⁹ MOMMSEN propone que la inscripción de este párrafo ha caído en el proceso de transcripción

²⁸⁰ El añadido *portionem* es común a todos los testimonios del texto de la Vulgata, en cambio E I K suprimen la contraposición *vel vel*, quedando *relictum in virilem portionem* y D C sólo tienen *relictum virilem portionem*. En *Vocabularium*, vol. 5, p. 1403 se encuentra citado este texto entre los que significan porción viril. Heumann SECKEL, en la voz *virilis*, también cita esta *lex*

²⁸¹ Adviértase que en este apartado el testimonio más citado es Q, de lo que podría deducirse que Q es el más parecido a F.

dos los testimonios catalogados del siglo XII y algunos posteriores, y la coincidencia de contenido y del número de manuscritos en donde se hallaban, sólo se ha tenido en cuenta, al menos, cuando ha sido relativa.

Como ya se ha dicho para el Digestum Vetus, ello no quiere decir que esas 19 variantes, en nuestra opinión, sean auténticas, sino que el método de análisis que debería aplicárseles deberá ser mucho más preciso que el utilizado por nosotros. A nuestros efectos sirve para constatar la riqueza del texto de los testimonios de la Vulgata.

DIGESTUM NOVUM

Con la misma estructuración que en las otras «partes» del Digesto, estudiamos aquí: Primero.—Las alteraciones que pueden tener valor de *error coniunctivus*. Segundo.—Las variantes entre el texto del Manuscrito Florentino y el texto coincidente en varios o en todos los representantes más antiguos de los testimonios Boloñeses. Los Manuscritos Boloñeses más antiguos (siglo XII y principios del siglo XIII), se han cotejado en su práctica totalidad.

Alteraciones que pueden tener valor de error coniunctivus

1. D. 39,5,29, pr. (Mo. 413.1̄ y 2̄) Diagnóstico: Variante de
(=D. 50,17,82) Autor.

Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur.

Toda esta secuencia que tiene sentido por sí misma está omitida en F y en todos los testimonios del texto de la Vulgata, de primera mano ²⁸². En F se encuentra recogida por el corrector en

²⁸² Todos los manuscritos del texto de la Vulgata, cotejados por MOMMSEN, coinciden en la omisión de primera mano Vaticano 754, cotejado por nosotros, también omite, y de segunda mano, como la mayoría de los cotejados por MOMMSEN, recoge la omisión, Cambridge 271/671 tiene la secuencia de primera mano, Assisi 217 la ha recogido dos veces de segunda mano, una en margen interlineal y otra en margen izquierdo. Berlín 837 lo ha añadido al final del fragmento 28, marginalmente. Los tres testimonios, M (citado en aparato crítico), e Ivrea, se diferencian de los demás en que no han omitido, sino que la secuencia se encuentra descolocada, pues está al final del texto precedente. Incluso en Ivrea consta como fragmento independiente, con la inscripción *idem*.

el margen inferior izquierdo. En Liber Pauperum (Manuscrito Brugge 375) está recogida la secuencia. La oración omitida consta de 43 letras, cantidad que no es reconducible al número aproximado de letras que tiene una línea de testimonio en uncial, dispuesto a dos columnas. La caída tampoco puede ser debida a homeoteleuto, pues no hay semejanza entre las letras anteriores e inmediatamente posteriores de la omisión.

A nuestro parecer estamos ante un caso de los que el profesor Miquel califica de retoque compilatorio en el propio siglo VI²⁸³, es decir, lo que la crítica textual denomina como Variante de autor. La secuencia caída en F y en los testimonios del texto de la Vulgata de primera mano, en el título 5 del libro 39, constituye a su vez un texto individual, unitario y completo en el título 17 del libro 50, fragmento 82.

A la vista de esta peculiaridad el proceso que ha dado lugar al error puede explicarse de la siguiente manera: los compiladores al confeccionar el título *de donationibus* (39, 5), en la masa Papiniana encuentran un fragmento de *Papiniano libro decimo responsorum*²⁸⁴ que se inicia con una máxima que tiene sentido por sí misma con independencia del resto del fragmento y que destaca ejemplarmente, uno de los elementos consustanciales a la donación; lo que con palabras de Archi diremos la «spontaneità». Deciden trasladar la secuencia al último título del Digesto, reservado para reunir todas las máximas relacionadas con las instituciones que ha tratado la obra. Por ello aparece en D. 50,17,82, que

²⁸³ Vid., pag. 168 y passim de este mismo trabajo

²⁸⁴ A la vista de los datos contradictorios sobre la inscripción de este fragmento, resulta difícil tomar una decisión. En F puede apreciarse que la inscripción del primer copista es *Papinianus libro duodecimo responsorum*. Un corrector —según MOMMSEN F²— tacha *duo*, por tanto queda ya *libro decimo responsorum*. Además, la *lex geminatae* de que hemos hablado, D. 50,17,82, tiene la inscripción *Papinianus libro nono responsorum*. Es decir, el propio manuscrito Florentino para una misma secuencia ofrece tres variantes en cuanto a la inscripción. MOMMSEN parece que también sigue la misma tónica, pues para D. 39,5,29, en la edición Stereotypa toma la inscripción de F, *duodecimo*, mientras que en la Editio maior toma la de F², *decimo*, decisión sorprendente teniendo en cuenta que MOMMSEN prefiere siempre F¹ a F². O. LENEL toma *duodecimo*, aunque en nota manifiesta la dificultad de decidir cuál de las dos inscripciones es falsa. Vid. *Palinogenesia I C*, vol. I, columna 92, nota 1. Es importante tener en cuenta que el fragmento D. 39,5,29, es el primero de Papiniano en este título.

también es de la masa Papiniana. Pero esta decisión comporta la mutilación del fragmento de Papiniano que permanecerá en el título 5 del libro 39. En un momento posterior de la confección de la obra, y tal vez personas distintas de las que tomaron la decisión comentada, perciben que el texto de Papiniano sobre la donación, en su correspondiente *sedes materiae* está mutilado, y precisamente en una parte tan importante del mismo. La decisión lógica es incorporarla al fragmento. Esa incorporación, debido al avanzado estado de confección de la obra, tenía que materializarse en él o los márgenes de los ejemplares ya confeccionados. De ahí que no sea de extrañar que una secuencia que sale del taller de los compiladores marginalmente, aparezca también en un ejemplar tan cercano como F, marginalmente.

Un argumento puede reforzar esta hipótesis: en el título 17 del libro 50, de los 211 fragmentos de que consta, 33 pueden localizarse también en sus correspondientes *sedes materiae*; es decir, los compiladores los han desgajado de su contexto para darles valor como máxima o *regula* independiente.²⁸⁵

Archi en su fundamental obra sobre la donación²⁸⁶, cae en una pequeña contradicción al decir primero que los compiladores no nos permiten determinar en qué lugar y en qué contexto Papiniano enunció la regla —página 69—, para decir en la página 70 que una prueba de la sabiduría de los justinianos es haber sacado esta máxima de su contexto y haberla reproducido en el título 17 del libro 50, bajo la rúbrica de *diversis regulis iuris antiqui*. Archi, para apoyar la primera de estas dos opiniones dice algo que para nosotros es discutible; que el parágrafo principio del fragmento que nos ocupa, D. 39,5,29, no tiene ningún nexo de ligazón en el parágrafo 1. Dicho parágrafo 1 se refiere a un caso de pérdida de la acción de tutela cuando el magistrado, en la fase

²⁸⁵ Vid. en editio maior los fragmentos de este título. 28, 30, 44, 47, 48, 70, 71, 72, 81, 82, 85, 88, 103, 115, 119, 126, 130, 137, 141, 144, 145, 150, 152, 153, 156, 157, 159, 173, 183, 195, 197, 207, 211. Todos ellos forman parte de fragmentos más amplios en su correspondiente *sedes materiae* del propio Digesto. En las *Basílicas* 47,1,28, se encuentra recogida la secuencia. Hay, además, un esolio de CYRILLO a las palabras *Donari videtur*, y un esolio del Anónimo a las palabras *nulla lege cogente*, en donde se relaciona también con D. 50,17,82. Vid. HEIMBACH, vol. 4.º, p. 575.

²⁸⁶ Vid. G. G. ARCHI, *La Donazione*, Milano, 1960, pp. 69, 70, 72 y 282.

in iure, ha preguntado al pupilo si se le debía algo por parte de los herederos del tutor, y el pupilo ha contestado negativamente. Es decir, alguien que no estaba obligado a condonar unas posibles deudas de su tutor, ha negado delante del pretor, que éstas existan, por tanto, y precisamente porque no estaba obligado a ello, estamos ante una donación.

A nuestro entender el valor estemático de esta variante es nulo. Indudablemente que F y el texto de la Vulgata muestran en el mismo punto la misma alteración, y ello puede hacer pensar en la relación de dependencia; no obstante dado que no puede afirmarse con seguridad que la alteración sea un error propio de F —en este caso nos atrevemos a decir que no existe ni probabilidad— ha de aceptarse que no puede ser utilizada en este sentido.

2. D. 40,4,33, (Mo. 432.28) Diagnóstico: homeoteleuto???

En el Manuscrito Florentino, de primera mano, parece que los fragmentos del 30 al 34, están afectados de una trasposición. En F se observa que el orden se ha corregido anteponiendo las primeras letras del abecedario griego, que tienen valor numérico, a los textos afectados, que son exactamente el 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del folio, que pasarán al último, antepenúltimo y tercer lugar, respectivamente, del conjunto, orden que se encuentra en la tradición griega. Todos los testimonios Boloñeses cotejados²⁸⁷ reproducen el desorden de F¹, haciendo caso omiso de la corrección de F. Desde Antonio Agustín esta alteración del Manuscrito Florentino y los testimonios Boloñeses ha sido considerada como prueba de dependencia²⁸⁸.

Para averiguar la causa de la alteración debe repararse en dos cuestiones; la primera será que las leyes 31 y 33 pertenecen al jurista Paulus, por lo que es fácil que el copista saltara de un Paulus a otro, sobre todo si se tiene en cuenta la escasa extensión del fragmento 33: *libertas ad tempus dari non potest*. La segunda es de ca-

²⁸⁷ Vid. los cotejados por MOMMSEN en aparato crítico Vaticano 754, Ivrea, Edinburgo 154 y Berlín 837, cotejados por nosotros

²⁸⁸ Vid. *Emendationum et Opinionum Libri IV*, Libro I, cap. I, de Antonio AGUSTÍN, puede consultarse en E. OTTO. *Thesaurus*, vol. 6.º, p. 14. También en *Praefatio* ed. maior, LXVII, y en «Mechanische Fehler in der Überlieferung, *op. cit.*, Juan MIQUEL, p. 273. El mismo caso, aunque no tan espectacular, en D. 49,15,25 y 26 en que los Boloñeses reproducen la trasposición corregida en F. Sirve la misma conclusión que para este caso.

rácter palinenésico; del grupo formado por los fragmentos 30 a 35, todos son comentarios de juristas al Edicto, excepto el texto 33 que es un libro de *Quaestiones*, es decir todos pertenecen a la masa edictal a excepción del 33 que es de la papiniana. En el primer caso nos encontraríamos ante un error, probablemente propio de F, en cambio en el segundo la alteración se habría originado en el propio proceso compilatorio. Depende de la decisión de una u otra posibilidad que varíe el valor estemático de la alteración. Si es un error del copista de F la situación del texto de la Vulgata manifiesta relación de dependencia. Si es una alteración anterior a F puede encontrarse en diversas o en todas las ramas de la tradición, y es nulo su valor en este sentido.

Por esto recogemos la alteración en este apartado, pero no la tendremos en cuenta en el cómputo definitivo, como *error coniunctivus*.

3. D. 41,1,23,1, (Mo. 493.31) Diagnóstico: Omisión por homeoteleuto.

Quaestio in eo est, utrum initium spectamus an singula momenta: *et magis est, ut singula momenta spectemus*.

Las 23 letras subrayadas están omitidas en F y en todos los testimonios Boloñeses cotejados, de primera mano²⁸⁹. De segunda mano, marginalmente o en el propio texto, todos los testimonios han recogido la secuencia omitida, necesaria para el entendimiento de la oración. Incluso, recogido en margen interlineal, lo tiene el Liber Pauperum VII, 16 (Manuscrito Brugge).

La causa de la omisión es evidente; el copista saltó de *an singula momenta* a *ut singula momenta*. Lo que ya no es tan evidente es la razón de que Florentina y Boloñeses coincidan en la incorporación de las palabras de segunda mano porque había quedado omitido en la primera. No puede afirmarse, al menos con seguridad, que la situación de F en este punto haya sido causa de la situación de los testimonios del texto de la Vulgata; primero porque la omisión por homeoteleuto, sobre todo en una secuencia corta como la que comentamos, es un error que no individualiza testimonios, pues pueden caer en él independientemente; se-

²⁸⁹ MOMMSEN, en aparato crítico, cita X, Y, O. Nosotros hemos cotejado Edimburgo 154, Ivrea y Berlín 837. Además, Assisi 217, que lo tiene en margen y Cambridge 271/671, que lo tiene de primera mano

gundo porque tampoco puede asegurarse que la omisión primera lo sea del Manuscrito Florentino o venga de un estadio más antiguo de la tradición, y F en este caso no haya hecho más que recibir una alteración de su modelo.

En cualquier caso, el que esta alteración se manifieste de igual manera en F que en los testimonios del texto de la Vulgata del Digesto, no puede ser considerado como prueba de relación de dependencia. El error está relacionado en este apartado porque sin lugar a dudas un primer análisis puede hacer pensar en ello ²⁹⁰.

4. D. 41,2,3,23, (Mo. 506.12 y 13) Diagnóstico: homeoteleuto que ocasiona repetición de secuencia de F???

Si quando iussu magistratus rei ser—
vandae causa *vel quia damni infecti*
non caveatur mittit possideamus ineptis—
simum est nam qui creditorem rei ser—
vandae causa vel quia damni infecti non
caveatur mittit in possessionem vel ven—

El Manuscrito Florentino presenta la anomalía que se aprecia en la transcripción de arriba. Es decir, la repetición de la secuencia. Esta anomalía —con distintas variantes— se reproduce en todos los manuscritos del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen, Y, Z, M, O, C y X de segunda mano, a los que añadir Edimburgo 154, Ivrea y Vaticanus 754, en este último también de segunda mano ²⁹¹, cotejados por nosotros. Berlín 837 sólo tiene parte de la repetición.

Mommsen en el aparato crítico supone, «*nempe*», que la corrección de F lo es del propio copista. En este caso la reproducción de la anomalía en los testimonios del texto de la Vulgata debe considerarse un *error coniunctivus*, a no ser que se quiera defender que en este error se puede caer independientemente, lo cual sería bastante improbable, pues estaríamos ante un salto hacia-delante de 42 letras desde *rei servandae causa* hasta *rei servan-*

²⁹⁰ No hemos visto que ningún estudioso del tema lo cite como prueba de dependencia.

²⁹¹ Tener en cuenta que en dos manuscritos, de primera mano, no está repetido *vel quia damni infecti*. En M y en Edimburgo 154 no está repetido *non caveatur, mittit* no está en M, X, Z y Edimburgo 154, Ivrea y Vaticanus 754

dae causa, percibido por el propio copista antes de iniciar la omisión y corregido a la manera usual, es decir encerrando lo incorrecto entre comillas. Todo este proceso no deja de ser poco frecuente y por tanto la suposición de repetición independiente en distintos procesos de transcripción, improbable.

Ahora bien debe tenerse en cuenta dos posibilidades más como causa de la alteración de F. La primera sería que el error se encontrara ya en el modelo de F, o en el modelo del modelo de F, y se hubiera reproducido en las diversas transcripciones hasta llegar a F; de la misma manera que puede defenderse que la repetición del texto de la Vulgata está causada en F, puede defenderse que la repetición de F tiene su causa en un estado anterior de la tradición.

La segunda posibilidad como causa de la alteración no tiene que ver con errores mecánicos en la transcripción, sino que tiene que ver con el sentido del texto y tal vez con la «confección» del texto de la Cancillería de Justiniano ²⁹².

Parafraseando el párrafo del texto de Paulo que nos ocupa, puede decirse que el jurista, para contradecir la opinión de Quinto Mucio (Scaevola), el cual había introducido entre los géneros de la posesión, aquélla que se tiene con la autorización del magistrado con la finalidad de conservar la cosa, *servandae causa*, utiliza tres casos que evidencian la impropiedad de esa afirmación:

1.º La posesión concedida al acreedor con la finalidad de conservar los bienes (del deudor), *servandae causa*.

2.º La posesión concedida al propietario cuyo vecino no quiere prestar la *cautio damni infecti*.

3.º La posesión concedida en nombre del *nasciturus*.

En estos casos el magistrado «no concedía la posesión, sino la custodia y vigilancia de los bienes», dice Paulo en el libro 54 *ad Edictum*.

Al fijar la atención en la estructura del párrafo puede apreciarse que *servandae causa* ha de entenderse la finalidad de todos estos tipos de «detentación» ²⁹³. Es más, en este caso la estructura

²⁹² No es posible el cotejo con fuentes griegas.

²⁹³ En terminología clásica, *naturalis possessio*, es decir, sin efectos para el *ius civile* ni para el *ius honorarium*. Vid. Juan MIQUEL, *Lecciones de Derecho Romano*, Barcelona, 1984, p. 175.

del párrafo se corresponde exactamente con la finalidad prevista por el Ordenamiento para las figuras comentadas; la cosa ha de conservarse, no frente al deterioro, sino conservarse para quien tiene una expectativa de derecho sobre los bienes afectados. Pues bien, ¿cuál es la razón de que *servandae causa* se encuentre en el enunciado, y sólo en uno de los tres ejemplos propuestos? Según este punto de vista puede defenderse que o bien *servandae causa* debe omitirse en el enunciado, y añadirlo después de cada uno de los ejemplos o después del último para que se sobreentienda su validez en los tres casos, o bien *servandae causa* sólo se refiere al primero de los casos propuestos, y en este caso nada impide que el segundo ejemplo también conste en el enunciado. Esta hipótesis está permitida por la sintaxis de la oración.

Indudablemente el método de análisis que acabamos de utilizar se aparta notablemente de las técnicas de descubrimiento de errores mecánicos, para introducirse en el método de descubrimiento de variantes intencionadas de origen o de cualquier otro momento de la transmisión, pero a las que no se puede dar valor estemático. Con ello nuestra única pretensión era evidenciar que la alteración del Manuscrito Florentino y de todos los testimonios Boloñeses en D. 41,3,23, que en un primer análisis manifiesta relación de dependencia entre ambos, no resiste una confrontación con otras posibilidades tan probables como la que propone que la repetición de F sea un error del propio copista de este testimonio ²⁹⁴.

5. D. 50,17,118 a 199 (Mo. 964.3̄) Diagnóstico: Trasposición hojas de F.

En el título 17 del libro 50, *De diversis regulis iuris antiqui*, los fragmentos 74 en adelante se encuentran dispuestos en F tal como reproducimos gráficamente ²⁹⁵.

Todos los manuscritos del texto de la Vulgata cotejados en este

²⁹⁴ Suponemos que ésta es la razón de que este caso no se encuentre citado por MOMMSEN en el *Praefatio*.

²⁹⁵ Para cada folio se indican dos numeraciones. La de arriba corresponde a la numeración de F, tal como se aprecia en el microfilme de la reproducción fototípica de 1916. La inferior corresponde a la que MOMMSEN ofrece en su edición. No conocemos el origen de la divergencia, pero hay que tener en cuenta que no es improbable que para la reproducción se paginara nuevamente el manuscrito.

471 R
462 (Mo)

	93

471 v
462

94	
	117

472 R
463 (Mo)

158	
	176 sit maioris

472 v
463

176 tumultus faciendi	
	199 magistratus non

473 R
464 (Mo)

118	
	141 iuris receptum

473 v
464

141 est, non est	
	157 qua heres est

punto por Savigny, por Brenkmann, por Mommsen y por nosotros ²⁹⁶, muestran una descolocación del orden de los fragmentos que se corresponde con la ordenación de éstos en la penúltima y antepenúltima hojas del Florentino, es decir folios 473 y 472. De esta manera en todos los testimonios tenidos en cuenta por los autores, el fragmento 158 sigue al 117; a partir del citado fragmento 158 se suceden correcta y sucesivamente hasta el 199 ²⁹⁷; al fragmento 199 le siguen el 118, 119 y 120... y así sucesivamente hasta el 157 ²⁹⁸; a partir del 157 continúa inmediatamente el 200 hasta el 211, que es el último fragmento del Digesto. Hay que resaltar dos variantes entre los Boloñeses y F: primera, en F el fragmento 199 (que se encuentra al final del folio 472 verso) no acaba en este folio, sino en el folio siguiente de F, 474 recto. Este se inicia con la palabra *paruit* que corresponde al final del fragmento ²⁹⁹. Pues bien, todos los testimonios del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen y tres de los cotejados por nosotros sustituyen *paruit* por *obtemperat* en el final del fragmento 199 ³⁰⁰. Segundo: el fragmento 157, último del folio 473 verso, acaba con las palabras *qua heres est*. Los manuscritos del texto de la Vulgata terminan este fragmento añadiendo a *qua heres est* alternativamente, la palabra *conveniatur* o la palabra *patiatur*.

Juan Miquel, en su último trabajo de errores mecánicos en la

²⁹⁶ Vid. SAVIGNY, *Storia del Diritto Romano*, vol. I, p. 684, nota c), en donde dice que él mismo ha cotejado 26 manuscritos y que BRENKMANN ha cotejado 24. En *ed. maior* de MOMMSEN, X, Y, M, C, nosotros hemos cotejado Ivrea, Vaticano 754, Edinburgo 154, Seo d'Urgell 2029 y Berlín 837. Seo d'Urgell 2029 ha podido ser cotejado directamente por nosotros, por deferencia del padre Benigne MARQUES, quien puso a nuestra disposición todo tipo de facilidades.

²⁹⁷ SAVIGNY, en el lugar citado en la nota anterior, dice que en el manuscrito París 4481 faltan las lex 117 y la 199; que en un manuscrito de Leipzig la lex 117 está detrás de la 158, hecho este último que hemos encontrado reproducido en Ivrea. En Seo d'Urgell el texto 159 está detrás del 158, y en los fragmentos 187, 188 y 189 hay confusiones entre el texto y la inscripción.

²⁹⁸ En Vaticano 754 hay una descolocación de los fragmentos, del 119 pasa al 123, sigue el 120, sigue el 121, 122, 124, es decir, no falta ningún fragmento, pero están descolocados. A Edinburgo 154 le falta el fragmento 123.

²⁹⁹ Vid. *ed. maior*.

³⁰⁰ A excepción de Seo d'Urgell 2029, que tiene *paruit* y la palabra *corporale* añadida interlinealmente (Agradecemos al padre Benigne MARQUES haber transcrito esta palabra para nosotros.)

transcripción de la obra, califica este error como «caballo de batalla de la tradición`manuscrita del Digesto»³⁰¹. En efecto desde Torelli y Antonio Agustín, la interpretación de esta alteración del texto de la Vulgata como inducida directamente por la trasposición de folios del Florentino, ha sido uno de los elementos delimitadores de los que apoyan la teoría de la dependencia entre los testimonios del texto de la Vulgata y la Florentina, y los que la rechazan. Antonio Agustín en sus *Emendationum et opinionum*, Libro IV, califica esta alteración como indiscutible manifestación de dependencia³⁰². Para Mommsen, Kantorowicz, Schulz y Miquel, entre los más destacados³⁰³, la alteración tiene las mismas consecuencias estemáticas que para Agustín. En cambio, Savigny, con un extraordinario esfuerzo de ingenio —y suponemos que también con la finalidad de salvar un escollo importante para su teoría— se enfrenta a la valoración del error y le da una explicación distinta.

Para Agustín la causa que originó la situación de los testimonios del texto de la Vulgata en este punto fue la encuadernación del 2.º volumen de la Florentina. El penúltimo y antepenúltimo folios se cosieron traspuestos y con ello se perpetuó la alteración. Al ser utilizado el Manuscrito Florentino como modelo para transcribir el texto de los testimonios de la Vulgata, se reprodujo en ella la ordenación equivocada. Con este descubrimiento Antonio Agustín y Torelli tenían uno de los pilares principales que sostenían su teoría de la dependencia.

Savigny, citando autores anteriores que intuyen otras alternativas a la explicación de Agustín³⁰⁴, propone que el texto usado por los glosadores se **va constituyendo** poco a poco a partir de dos vías distintas en importancia y utilización. La más asequible, y

³⁰¹ Vid «Caída de línea y omissio ex homeoteleuto», *op. cit.*, p. 223.

³⁰² *Praefatio* a la editio maior LXVII citando textualmente a AGUSTÍN. «...stendit mihi Florentiae Laelius Taurellus... praepostere in omnibus libris tres ultimas digestorum chartas esse, propterea quod idem error a se tum primum animadversus conglutinatoris peccato in illis Florentinis libris esset».

³⁰³ Vid MOMMSEN, en *Praefatio* LXVI; KANTOROWICZ, en «Uber die Entstehung», *op. cit.*, SZ, 30, p. 213, nota 1, SCHULZ, «Einführung», *op. cit.*, p. 8, y Juan MIQUEL, en «Caída de línea y omissio», *op. cit.*, p. 223.

³⁰⁴ Vid. *Storia..*, vol I, pp. 690 y 691, especialmente nota d), en donde cita a GRANDI, CRAMER y BRENNMANN.

por tanto la más utilizada, es la *litera vetus* o *communis*, pero la considerada como mejor y más legítima es la *litera Pisana* o *Florentina*. Al encontrarse ante dos distribuciones tan considerablemente distintas en el último título del Digesto, y sobre todo debiendo resultar muy incómoda la diversidad en las lecciones orales, optaron por la distribución del testimonio de mayor categoría. Por ello aunque los testimonios del texto de la Vulgata manifiesten la descolocación de F, ello no puede interpretarse como suficiente para decir que la totalidad de su texto depende de F³⁰⁵.

En definitiva, lo curioso es que la teoría de ambos, para este punto, es exactamente la misma; la alteración del orden de los fragmentos en los testimonios de la Vulgata se debe a la trasposición de folios del Manuscrito Florentino. Nosotros, sin apartarnos de esta interpretación, queremos hacer algunas puntualizaciones:

Primera.—El título de *diversis regulis iuris antiqui*, al igual que *de verborum significatione*, dada la especificidad de su contenido, pues reunían las máximas que parecían sintetizar todo lo dicho antes en el Digesto, tenían una utilización escolar individualizada y muchas veces separada del tratamiento del Digesto en general³⁰⁶. Esta afirmación se fundamenta en base a dos elementos: a) Hay una cantidad considerable de manuscritos que sólo contienen el título 16 ó el título 17 del libro 50, y b) Estos dos títulos, comparativamente, son de los más glosados del Digesto, y precisamente para distribuir mejor las glosas, en muchos manuscritos el texto está dispuesto de manera distinta de todo lo anterior³⁰⁷.

³⁰⁵ Vid ap I de este trabajo

³⁰⁶ Sabemos por Cándido FLORES SELLES, en el *Epistolario de Antonio Agustín*, Salamanca, 1980, que este humanista tenía preparado un comentario al título 17 del libro 50 del Digesto. No se sabe de su publicación. En el año 1961/62 se ha publicado una monografía sobre el título 17 del libro 50; S CAPRIOLI: ASD, V y VI.

³⁰⁷ Para la primera afirmación, vid. *Verzeichnis der Handschriften zum Römischen Recht bis 1600*, Gero DOLEZALECK, Frankfurt am Main 1972. En cuanto a la segunda, en el Manuscrito Vaticano 754 hay notables diferencias entre el título 17 y lo anterior. Lo más sobresaliente se da en las inscripciones. En el título 17 apenas consta el nombre del jurista, mientras que en lo anterior, abreviadamente, pero consta casi la totalidad de la inscripción. En este manuscrito, el título 17 empieza en la mitad de la columna derecha de un folio. En el folio siguiente vuel-

Segunda.—Hay que tomar en consideración la pequeña extensión de cada uno de los 211 fragmentos del título 17. Esto conlleva a que cada fragmento se encuentre contenido en 3, 4 o como máximo cinco líneas del Manuscrito Florentino. De ahí que las posibilidades de coincidencia en la disposición, con otro ejemplar coetáneo y dispuesto de la misma manera, sean mucho mayores que en el resto del Digesto ³⁰⁸. Lo que ocurre es que aquí la coincidencia no sólo tiene que darse en la línea, sino que también tiene que darse en la disposición de los fragmentos de los folios, pues la trasposición que contemplamos tiene esa naturaleza. No encontramos manera de insinuar ni la más remota posibilidad de esa coincidencia en un testimonio coetáneo a F, sobre todo teniendo en cuenta que en este testimonio el título 17 no inicia un folio de F ³⁰⁹.

Nosotros, a pesar de haber intuido que existen otras posibilidades que expliquen la alteración, creemos que la explicación de Torelli y Agustín, seguida por la doctrina más autorizada, es irrefutable. Por ello valoramos el error como un verdadero *error significativus* ³¹⁰, que manifiesta dependencia entre los testimonios del texto de la Vulgata y la Florentina.

ve a iniciar este título, repitiendo los siete primeros fragmentos, sólo hasta *partitur* (Mo. 957.17), pero dispuestos así: 1, 2, 3, 5, 4, 6 y 7. En el propio manuscrito hay un signo que indica la repetición. En Ivrea no se aprecian divergencias, pero antes del título 17 hay dos hojas sólo con glosas. Edimburgo tiene la misma situación.

³⁰⁸ Esta afirmación puede corroborarse en MIQUEL, «Caída de línea y. .», p. 228, y nota 34 de la p. 225. Pero teniendo en cuenta que MIQUEL, para contradecir a PESCANI en su obstinación de imaginar líneas de un manuscrito desconocido, le dice: «. . Más concretamente hay que señalar que, si sólo se considera la coincidencia o no coincidencia de cinco líneas aisladas «suficientemente alejadas del principio del fragmento», la probabilidad de coincidencia de todas ellas es muy remota.. » y unas páginas antes, en nota, le dice. «Lo decisivo para la no coincidencia es, por supuesto, que la línea en cuestión esté suficientemente alejada del principio del fragmento. .» A nosotros, este argumento nos vale también a *sensu contrario*, es decir, la posibilidad de coincidencia en línea entre testimonios coetáneos es directamente proporcional a la cercanía del principio del fragmento.

³⁰⁹ La trasposición es indiscutible, pues la tradición griega y la sucesiva ordenación de los textos de los juristas según número de libros, son prueba irrefutable. Tomar por ejemplo los textos de Ulpiano *ad edictum*, para comprobar este extremo.

³¹⁰ Vid. Paul MAAS, en *op. cit.*, p. 53

RECAPITULACION

En el *Digestum novum* hemos comentado cinco variantes que podían tener valor de *error coniunctivus*. En las cuatro primeras, el análisis pormenorizado nos ha llevado a negar la «monogénesis»³¹¹ de la alteración, por lo que las excluimos de esa valoración. Retenemos exclusivamente la última como alteración con valor indiscutible de *error coniunctivus*.

Variantes entre el texto del Manuscrito Florentino y el texto coincidente en varios o en todos los representantes más antiguos de los testimonios Boloñeses

1. D. 39,2,15,15, (Mo. 385.28)

damni in-fecti caveri desideret, *tunc nisi cavetur*, mittetur in (F^a)
tunc enim nisi cavetur... (F^b)

El propio Manuscrito Florentino está corregido en esta secuencia, y de mano del propio copista, no del corrector —según apreciación de Mommsen—. Los Manuscritos X, Y, M, C, y Cambridge 271/671 e Ivrea, omiten todo lo subrayado. Los Manuscritos Q y O tienen lo mismo que F^b, y Edimburgo 154 tiene la expresión **tu b ubi** cavet.

A primera vista no aparece la causa que explique la omisión de la mayoría de los testimonios cotejados del texto de la Vulgata, omisión que por otro lado hace bastante ininteligible el sentido del párrafo. No parece que puedan tener relación el final de palabra *etur* en *cavetur* y *mittetur*, pues en este caso hubiera dado lugar a otra alteración. Tampoco se aprecia ninguna relación entre la corrección del propio copista de F y la omisión del texto de la Vulgata.

A pesar de ello, la omisión de los textos de la Vulgata tiene más visos de estar originada por un error mecánico de copista.

2. D. 39,3,3,1, (Mo. 398.12)

... vel si spurcam quis immitat, *posse eum impediri plerisque placuit Idem Trebatius putat eum, cui aquae*

¿Las 50 letras subrayadas, se han omitido en X^a?, Y y Z, de primera mano; a éstos hay que añadir Vaticano 754, que también

³¹¹ Vid. *Fuero de Ubeda*, Estudio preliminar, p. 45. Del estudio preliminar se responsabilizarán los profesores Mariano PESET y Juan GUTIÉRREZ CUADRADO, el trabajo se publica por la Universidad de Valencia, en 1979.

omite de primera mano pero recoge lo omitido en el margen central, en Berlín 837 está recogido dos veces; una en margen interlineal (hasta *placuit*) y otra (toda la secuencia) en margen inferior. En Edimburgo 154 no se encuentra esta secuencia ni en texto ni en márgenes. Ivrea y Cambridge 271/671 tienen lo omitido en texto, de primera mano. La situación de la secuencia en F no explica la omisión, pues como puede apreciarse en la fotocopia³¹² lo omitido ocupa el extremo de una línea, otra línea entera y otra línea (algo más allá de la mitad). Lo único que puede explicar la omisión es la similitud entre la última palabra antes de la omisión y la última de la omisión (homeoteleuto): *immitat, putat*. No obstante una omisión de 50 letras, normalmente, requiere ser inducida por alguna causa más.

Nos conformamos considerando esta notable variante entre el texto de F y el de los representantes más antiguos de la Vulgata, como un error mecánico de copista. Pero error mecánico del que no pueden extraerse consecuencias estemáticas. No puede decirse que la tradición de F y Boloñeses se separa, en este punto, pues el posible homeoteleuto no lo justificaría, máxime cuando, a excepción de dos manuscritos, todos los demás han recogido la omisión de segunda mano. En cambio sí puede decirse, y precisamente en virtud de la extensión de la omisión, que dicha omisión unifica los testimonios Boloñeses a un antecedente común a raíz del que se ha transmitido este error mecánico. ¿Este antecedente común puede ser S(ecundus)? Cabe esta posibilidad, aunque tampoco deben descartarse otras.

En cualquier caso, la omisión resulta extremadamente interesante.

3. D. 39,6,29, (Mo. 418.2)

adhuc quis dabit in rem donatori. F, Y^a, Edimburgo 154³¹³, Ivrea y Cambridge 271/671. Esta también es la versión de Liber Pauperum VII, 1 (man. Brugge).

³¹² El microfilm se aprecia muy mal. Pensamos que el propio manuscrito pueda estar deteriorado.

³¹³ En Edimburgo 154 y Cambridge 271/671, en el margen interlineal, está anotado VALE.

adhuc quis dubitat in rem donatori competere. X, Y^b, Z, M, O, C y Vaticano 754.

La variante entre el texto de F y tres representantes del texto de la Vulgata, y el texto de 7 representantes más de la misma, no manifiesta con evidencia ninguna consecuencia estemática. La variante puede tener un origen conjetural. De hecho el 2.º texto no hace más que acentuar el sentido dubitativo que ya tiene el primero.

Nosotros proponemos una explicación para el origen de esta variante. La variación por trivialización sólo se da entre *dabit* y *dubitat*; *competere* es el complemento necesario de origen conjetural, imprescindible para finalizar la oración construida con *dubitat*.

4. D. 40,2,17, (Mo. 427.7)

Apud proconsulem, postquam urbem egressus est, vindicta manumittere possumus: sed et apud legatum eius manumittere possumus.

(Versión, de F, X, Z, O, C, Y^a y M^a; además Edimburgo 154, Ivrea, Cambridge 271/671, Berlín 837 y Assisi 217) ³¹⁴.

ex quo provinciam ingresus est
egressus (M^b, Y^b, que anota Martino)

Resulta problemático diagnosticar este añadido de dos testimonios Boloñeses de segunda mano, no tanto por el añadido en sí, sino por el papel que juega el añadido en el sentido del fragmento. Este añadido ha de ponerse en relación con el fragmento del Digesto 1, 16, 2, 1 y con el posible *non* intercalado entre *manumittere* y *possumus*, del que Cuyacio es su principal defensor, apoyándose en la *ratio iuris* no en metodología paleográfica ³¹⁵.

Los elementos que han de estar presentes en el análisis de este añadido son:

³¹⁴ MOMMSEN, en el aparato crítico, no cita exactamente la lección de cada uno de los testimonios del texto de la Vulgata comentados. Los que no están citados en la edición han sido cotejados por nosotros

³¹⁵ El texto D 1,16,2,1 se encuentra citado por MOMMSEN en el aparato crítico. La proposición de CUYACIO la hemos visto en TROJE, «Graeca Leguntur», *op cit*, p 48. De hecho, la negación se encuentra en uno de los manuscritos citados por MOMMSEN, en O, cuya negación es *sed non et apud legatum*. No puede cotejarse con fuentes griegas

a) Sólo se encuentra en dos testimonios del texto de la Vulgata, de segunda mano.

b) No está defendido por homeoteleuto.

c) El texto del añadido no tiene visos de conjetura pues:

1. No tiene sentido explicativo, de aclaración (en estos casos el añadido se inicia con un *sed et*, un *id est*).

2. Tiene paralelismo textual con lo anterior solo en parte (*ingressus est* con *ingressus est*, pero no *provinciam* con *urbem*).

d) Imaginando un posible modelo de F, escrito en uncial y dispuesto como F, puede proponerse que el añadido constituyera una línea de este modelo. Haciendo una división hipotética de las letras del fragmento que nos ocupa puede decirse que el modelo de F utilizó cinco líneas para este fragmento: la primera la ocuparía la inscripción (34 letras), la segunda hasta *egressus* (34 letras), la tercera hasta *sed* (35 letras), la cuarta hasta *possumus* (35 letras), y en la quinta las 27 letras que contienen el añadido de Y^b y M^b. Es decir, que puede proponerse que lo añadido en alguna Vulgata, no se encontrara en F por caída de línea³¹⁶.

Desde el punto de vista del contenido, el añadido junto con el *non* del Manuscrito O, soluciona todos los problemas que el fragmento, tal como está en F y en la Edición, plantea. El fragmento, con el añadido, viene a decir que el procónsul puede presidir una manumisión vindicta, si ya ha salido de Roma (pues ahí no tiene jurisdicción), pero desde que ha ingresado en la provincia no puede presidir una manumisión testamentaria.

Para nosotros ha de reivindicarse la autenticidad del añadido, pues nos parece que pesan más los elementos que así lo indican.

5. D. 40,5,21, (Mo. 441.25)

Idem qui honoris adipiscendi causa quid de suo aliqui adicere vel spondere desiderat, non magis quam dat dependere volumus, quam spondentem ignominiam pati decrevimus³¹⁷.

Este fragmento se encuentra añadido sólo en un Manuscrito

³¹⁶ La disposición de este texto en F no es la que se explica, sino que ésta sería la hipotética disposición del modelo de F. No sacamos conclusiones de este argumento, pues no hay ningún elemento que nos permita suponer la disposición del modelo de F.

³¹⁷ La inscripción del texto anterior es *Papinianus libro nono decimo quaestionum*.

Vaticano, de los cotejados por Brenkmann³¹⁸. Savigny lo relaciona entre los suplementos del Digesto que considera ilegítimos, o al menos inciertos³¹⁹, y Mommsen no menciona nada de esto en el aparato crítico.

La prudente opinión de Savigny nos parece acertada, teniendo en cuenta la presencia del añadido sólo en un testimonio del texto de la Vulgata, y el contenido del mismo que lo hace más propio de algún otro título del Digesto³²⁰. Ahora bien, lo que resultaría interesante averiguar es cómo ha llegado este fragmento al manuscrito. Nosotros no hemos sabido encontrar una *lex geminatae* en el Digesto. Savigny parece que tampoco la encontró, pues no lo cita expresamente, cuando en otros casos sí lo hace³²¹. No parece que estemos ante una glosa, y sobre todo el que el añadido tenga inscripción (aunque sea tan escueta) hace pensar en diferente origen. No hay que pasar por alto que el fragmento está redactado en primera persona del plural, lo que resulta bastante infrecuente. En caso de que diéramos por válida la inscripción *idem*, hay que ir a buscar el texto en la obra de Papiniano, y de este jurista no hemos encontrado ningún texto redactado en primera persona del plural.

6. D. 40,9,30,4, (Mo. 474,35)

si sint eiusdem gradus *ut in servitutem redigatur*.

Lo subrayado está añadido en relación a F, de primera mano, sólo en uno de los testimonios del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen, en O. En X, Y, M, C, Ivrea, Edinburgo 154 y Berlín 837, la versión no tiene el añadido, exactamente igual que en

³¹⁸ Vid. «Historia pandectarum», *op. cit.*, p. 278. Se hace difícil interpretar a qué manuscrito se refiere BRENKMANN. Puede verse que el capítulo V de su obra lo dedica a los manuscritos y ediciones de las Pandectas, utilizados por él. Los apartados de dicho capítulo lo conforman las distintas Bibliotecas en donde se encuentran estos manuscritos, y cada una de las ediciones. De esta manera sabemos que está hablando de un Códice Vaticano, del *Digestum novum*, y que en el Catálogo de esta Biblioteca, los Códices que contienen el *Digestum novum* se significan con los números 1421 a 1426.

³¹⁹ Vid. «Storia.. », *op. cit.*, vol 1, p. 685, nota e).

³²⁰ Por ejemplo, el extenso título que inicia la última parte de las siete en que Justiniano dividió el Digesto, De Verborum obligationum, D. 45,1.

³²¹ Por ejemplo, cuando menciona un manuscrito que tiene una *lex* añadida, después de D 50,17,18. Esta *lex* corresponde a la 78 de Verborum Obligationum, D. 45,1.

F. Tampoco está en Cambridge 271/671. Las fuentes griegas (322) no tienen tampoco indicios de este añadido.

El contenido del añadido no aporta nada al sentido del texto. Como máximo puede decirse que le da a la oración un sentido de finalidad. Desde este punto de vista se hace evidente la ilegitimidad de este añadido, pues todo el fragmento 30, que en sus 5 párrafos se plantea distintos casos en que la legitimidad para acusar al liberto de ingratitud, es dudosa, en ninguno de todos ellos explícita la finalidad de la tal acusación ³²³.

Para nosotros el añadido puede ser un glosema, que se ha introducido en texto, pero sin excesiva fortuna, pues sólo aparece en uno de todos los testimonios citados.

7. D. 41,3,4,24, (Mo. 518.35)

quamvis sciat esse hereditarium si fundum alienum bona fide possidentem quis sciens esse alienum expulit usucapere non potest quoniam vi possidet.

El añadido, de 80 letras, se encuentra en dos manuscritos de los cotejados por Mommsen (X y O) y en Cambridge 271/671 cotejado por nosotros. En C se encuentra de distinta manera. En el resto de testimonios Boloñeses cotejado no hay huellas del mismo ³²⁴. La versión del Manuscrito Florentino y la tradición griega lo desconocen por completo.

Savigny y Mommsen toman partido, en diverso sentido, sobre la autenticidad del añadido. El primero lo relaciona entre los añadidos auténticos, y en cambio para el segundo, no es originario, es decir, es falso ³²⁵.

³²² Basílicas, 48, 7, 30

³²³ Tal vez la finalidad de la acusación de ingratitud introducida por la Lex Aelia Sentia sea precisamente la de «reducir a esclavitud», como informa el añadido. Vid. D'ORS ALVARO, «Derecho Privado Romano», *op. cit.*, p. 214, nota 4. Sobre las innovaciones de la lex Aelia Sentia. Vid. JAUBERT, RHD. 1965, p. 5, citado por D'ORS.

³²⁴ MOMMSEN en aparato crítico cita los manuscritos X, Y, M, O, C. Nosotros hemos cotejado Edinburgo 154, Ivrea 754, Vaticano 754, Cambridge 271/671 y Assisi 217. En Cambridge 271/671 hay las palabras *quoniam vi possidet* antes y después del añadido. Esto explicaría la caída por homeoteleuto. Llama la atención la coincidencia entre X y Vaticano; ambos de segunda mano (en X en margen y en Vaticano 754 en texto) tienen los párrafos 23, 24 y 25 reunidos en uno solo.

³²⁵ SAVIGNY, «Storia . . .», *op. cit.*, p. 687, vol. 1. MOMMSEN, «Über die kritis-

A nuestro parecer el añadido es absolutamente imprescindible para dar sentido al parágrafo del texto de Paulo, libro 54 *ad edictum*; a *quoniam vi possidet* le ha de preceder *usucapere non potest*, pues en otro caso ha de sobreentenderse del parágrafo anterior, y esto no se da en ninguno de este fragmento. Y la posesión *pro herede* del expulsado, del que nos habla el fragmento, debe calificarse como de buena o mala fe, pues la causa por la que se posee, dato objetivo, no tiene que ver —al menos en la época clásica— con la intencionalidad del poseedor en el momento de adquirir la posesión, dato subjetivo³²⁶.

Independientemente de que pueda defenderse la autenticidad o no del añadido, lo que sí es evidente es que ha de recuperarse en el texto de una edición.

8. D. 41,3,46, (526.12)
pro soluto (Rúbrica)

Todos los testimonios del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen (X, Y, M, O, C) y los cotejados por nosotros, Edinburgo 154, Ivrea, Cambridge 271/671 y Berlín 837, antes del fragmento 46 (Hermogeniano libro quinto iuris epitomarum) interponen la rúbrica señalada. Liber Pauperum VII, 22 tiene esta misma rúbrica. Incluso el Manuscrito Florentino, en el mismo lugar y por una mano carolina, ha añadido esta misma rúbrica³²⁷. Las fuentes griegas no tienen huella de este nuevo título. El Codex Justiniano tampoco lo conoce.

Creemos que en este caso debe valorarse como un dato de extrema importancia que el propio Manuscrito Florentino se haya modificado por una mano del siglo XV (según data Mommsen en aparato crítico, aunque para nosotros sea una escritura de época muy anterior)³²⁸. Es decir la coincidencia en la variante, en rela-

che », *op. cit.*, p. 123 MOMMSEN ahí comenta el añadido del Manuscrito Kellerschen (C en edición) que todavía es más amplio

³²⁶ Tal vez por esta falta de sentido del fragmento, sin el añadido, los párrafos 23 y 24 se encuentran unidos en griegos y en los dos manuscritos citados en la nota 324

³²⁷ Para la rúbrica de Liber Pauperum, vid. ZULUETA, «Liber Pauperum», *op. cit.*, p. 223

³²⁸ El profesor Gero DOLEZALEK, personalmente, me indica que la abreviatura de la palabra PRO, no es anterior al siglo XII Vid. A. CAPPELLI, *Dizionario di Abbreviature latine ed Italiane*, Milano, 1979, p. 257.

ción a F, de todos los testimonios cotejados del texto de la Vulgata, no resulta tan relevante como la corrección de F; por supuesto por lo infrecuente e insólito de este hecho.

Para valorar este añadido se han de tener en cuenta diversos elementos: «Primero», los tres fragmentos que siguen al añadido, se refieren exactamente al contenido de la rúbrica; la usucapión en virtud del título *pro soluto*. «Segundo», la rúbrica engarza perfectamente con las restantes del libro 41 del Digesto; adquisición de la propiedad, adquisición y pérdida de la posesión, la usucapión y su interrupción, y a partir de ahí se inician los títulos para usucapir, utilizando una rúbrica cada uno de ellos: *pro emptore*, *pro herede* y *pro possessore*, *pro donato*, *pro derelicto*, *pro legato*, *pro dote* y *pro suo*. Parece lógico por ello que el título *pro soluto* merezca por Justiniano un tratamiento igual que los demás títulos para usucapir. «Tercero», y éste sí que resulta un argumento especial. Aunque el título *pro soluto* no se encuentre entre las rúbricas recogidas en el *index titulorum* de F para el libro 41, sí que en ese *index* se recoge una rúbrica más para este libro, que luego no aparece en su lugar correspondiente³²⁹. La rúbrica, según aparece en el folio 9", de F es: *Communia de accessionibus possessionum*³³⁰. Este argumento no resulta ni a favor ni en contra de la autenticidad del añadido, pero sí que permite apreciar que para el libro 41 el Digesto tenía previstos 11 títulos.

Desde nuestro punto de vista, éste es un caso típico en el que la coincidencia, contra F, de todos los testimonios cotejados, no resulta argumento suficiente para predicar la autenticidad del añadido.

9. D. 42,5,16, (552.30)

De privilegii(io)s Creditorum (rúbrica)

Esta rúbrica está intercalada entre los fragmentos 15 y 16 del título 5 del libro 42, en todos los testimonios del texto de la Vul-

³²⁹ Vid. Mo 534 IĀ. En F el libro 41 finaliza en el fragmento 5 del título 10, y así se reproduce en todos los testimonios del texto de la Vulgata.

³³⁰ En el Digesto esta rúbrica se encuentra unida a la de «De diversis temporalibus praescriptionibus» y corresponde al título 3.º del libro 44. Es evidente en este título que los fragmentos del 1 al 13 se refieren a la prescripción en general, y los fragmentos 14, 15 y 16, últimos del título, hablan sobre la *Accessio possessionis*. Vid., en el último apartado de este trabajo, el tratamiento de esta variante

gata cotejados por Mommsen; en Berlín 837, Cambridge 271/671, y en Edinburgo 154; en este último el añadido se encuentra de segunda mano³³¹. Liber Pauperum VII, 77, tiene esta rúbrica. En el Manuscrito Florentino no hay huella de esta nueva rúbrica.

En el *index titulorum* no se encuentra en ningún título, esta rúbrica (sí en cambio, en el index del Manuscrito P), tampoco entre los títulos del Codex, pero en cambio, en la reconstrucción del Edicto del Pretor de Otto Lenel, en el título XL, apartado 219 se reconstruye de *Privilegiariis creditoribus*³³². Lenel reconstruye a partir de fragmentos de Ulpiano, Paulo y Gayo. La mayoría de estos fragmentos se encuentran precisamente en el título 5 del libro 42 del Digesto, después del fragmento 16.

A nuestro parecer, y valorando sobre todo la coincidencia en el añadido en todos los testimonios del texto de la Vulgata y el que el Edicto del Pretor tratara esta rúbrica expresamente, pero valorando también que el origen conjetural no hay que descartarlo, esta variante ha de situarse como la anterior.

10. D. 43,16,1,9, (582.38)

*nam et naturalis et pro suo
possessio ad hoc interdictum pertinet
et civilis pro suo*

Lo subrayado es la versión, en primera mano, de todos los manuscritos del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen, excepto Cambridge 271/671. En Liber Pauperum VIII, 12 (Manuscrito Brugge 375), no está este parágrafo. La versión del Manuscrito Florentino pasa de *naturalis* a *possessio* sin solución de continuidad.

Kantorowicz³³³ citando a Savigny en su tratado sobre la po-

³³¹ El manuscrito O, según MOMMSEN informa en el aparato crítico, tiene *privilegio* en lugar de *privilegius*. Cambridge 271/671 tiene sólo *de privilegiis*, parece que de primera transcripción.

³³² Vid. segunda impresión de la 3.ª edición, Leipzig 1927. Anastática de Scientia Verlag, 1974, p. 429. La rúbrica del título 5 del libro 44 tiene variaciones en algunos manuscritos.

³³³ Vid. «Die Entstehung...», *op. cit.*, p. 224, nota 2. «Das Fehlen auch einer des ältesten Hss. beweist für sich allein noch nichts gegen das Vorhandensein in S (wie Conrat 726 anzunehmen scheint), sondern nur, dass der Abschreiber aufgepasst hat».

sesión, considera que es una glosa tardía, introducida en texto como glosema.

Nosotros no tenemos otros elementos para analizar este añadido que el paleográfico, y el de contenido; en todos los testimonios cotejados se encuentra introducido en texto, de primera mano ³³⁴, y el iniciarse con un *et*; el propio contenido del añadido, que tiene carácter ampliatorio de lo dicho anteriormente. Cada una de estas dos consideraciones apunta a distinta dirección. Nosotros, siguiendo la tónica de prudencia que hemos querido adoptar para todo el trabajo, nos inclinamos por considerar el añadido como una posible glosa.

11. D. 43,16,16, (588.5)

In interdicto unde vi *uti potes si a filio familias vi deiectus es (dicendum est) ut eius causa.*

La sentencia subrayada se encuentra añadida sólo en dos testimonios del texto de la Vulgata (X y C) de primera mano; de segunda mano en Cambridge 271/671. En todos los restantes testimonios cotejados por Mommsen (Y, M, O) y los cotejados por nosotros, la versión es la del Manuscrito Florentino, es decir, sin la secuencia subrayada ³³⁵.

Savigny y Mommsen toman partido en esta variante. Para el primero la variante es auténtica mientras que el editor del Digesto, apoyándose en la tradición griega, la considera espúrea ³³⁶.

Desde nuestro punto de vista es difícil explicarse el origen del añadido. No parece argumentable el carácter glosatorio del añadido, y además está defendido por homeoteleuto. F o uno de sus antecesores, pudieron saltar de *vi* a *vi* y a consecuencia de ello tuvieron que variar *dicendum* por *deiectus*. Lo que es evidente es

³³⁴ Vid. en aparato crítico de la editio maior las glosas que acompañan al manuscrito O.

³³⁵ Vid. en aparato crítico variantes irrelevantes entre los distintos testimonios. Nosotros hemos cotejado Berlín 837, Edinburgo, Ivrea y Vaticano. Cambridge 271/671 tiene el añadido de segunda mano, en margen izquierdo. Es interesante que en este Manuscrito, esta *lex* está unida a la anterior. También se ha corregido este extremo en margen izquierdo, añadiendo la inscripción, pero incompleta, solo tiene Ulp.

³³⁶ Vid SAVIGNY, «Storia...», *op. cit.*, p. 687 y 689 nota g) y ahí una autocita de este autor sobre la posesión MOMMSEN, «Über die kritische...», *op. cit.*, p. 123

que en el texto la palabra *pater* no tiene sentido, a no ser que vaya precedida por *filius*, pues en otro caso no se utiliza *pater* sino cualquier denominación indicativa de una titularidad sobre la cosa. En definitiva, para nosotros el añadido indica que el texto de los testimonios de la Vulgata, en este punto, y habiendo llegado sólo a una pequeña parte de los testimonios, tiene una variante mejor que la lección de F.

12. D. 44,3,3, (Mo. 628.35)

quam in mancipiis quae in praediis morantur quae partis fundi sunt locum habere manifestum est

Los cinco testimonios del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen para este libro tienen, de primera mano, el añadido subrayado más arriba, que consta de 41 letras. Nosotros hemos podido cortejar Berlín 837, Assisi 217 y Cambridge 271/671; en todos ellos estaba el añadido, en primera transcripción, aunque en Cambridge 271/671 es dudoso, pues está muy abreviado. En Basílicas 51,3,3³³⁷ no se encuentra el contenido del añadido y éste no está en el Manuscrito Florentino.

Kantorowicz considera que es una glosa de S entrada en los testimonios del texto de la Vulgata como glosema³³⁸.

Las palabras *in mancipiis* requieren ser traducidas a la vista del significado que a las mismas se les atribuye normalmente en el Digesto. Es sabido que las personas *in mancipio* se encuentran en situación afín a la esclavitud, y en este caso indudablemente que es necesario que el texto aclare a qué personas *in mancipio* se refiere; esto es lo que hace el añadido de los representantes de Vulgata al decir: «*quae in praediis morantur quae partes fundi sunt*». Ahora bien, todas las veces que en el Digesto se utilizan las palabras *in mancipiis* se está refiriendo a esclavos en general, pues ésta también es una denominación de *servus*³³⁹. Ha de apreciarse también que *in mancipiis* forma perfecto paralelismo con *in praediis*, y que si Modestino habla de predios en general, para decir que les afecta la institución de la *longi temporis praescrip-*

³³⁷ HEIMBACH, vol 5, p. 92

³³⁸ Vid. «Die Entstehung ..», *op. cit.*, p. 246.

³³⁹ Vid. *Vocabularium iurisprudentia...*, voz *mancipium*, en ablativo *in mancipiis* (Tm. III, 2, p. 1745) En todos los textos citados ahí debe traducirse por esclavos.

tio, lo lógico es que hable de esclavos, en general también, como los dos representantes más genuinos de los tipos de cosas sometidos a esa institución. Por eso nosotros preferimos sumarnos a la opinión de Kantorowicz y ver el origen del añadido en una glosa explicativa, y en este caso impropia, cuyo origen se encuentra en los glosadores.

13. D. 45,1,1,3, (649.14)

Si quis simpliciter interrogatus fuerit et ille sub condicione responderit.

Este añadido de 25 letras se encuentra en X^b, Y^a, M, C, Vaticano 754, Berlín 837 e Ivrea. En Manuscrito Florentino, X^a, Y^b y Edinburgo 154 el texto no contiene el añadido, es decir después de *interrogatus* está *responderit* sin solución de continuidad. En Liber Pauperum VIII, 36, que ha recogido el párrafo, no tiene el añadido.

En todo el texto que nos ocupa la palabra *interrogatus* se encuentra repetida en muchas ocasiones, y por ello puede llevar a un copista a confusión.

Indudablemente el añadido tiene un sentido aclaratorio, pero desde luego no conforma una oración que tenga sentido por sí misma: *fuerit et ille sub condicione*, no puede ser el contenido de una glosa. Además, el párrafo en donde se encuentra este añadido precisamente se ocupa de la congruencia entre pregunta y respuesta en las obligaciones verbales, y plantea el caso de las interrogaciones hechas bajo condición y respondidas puramente, y viceversa, las realizadas puramente y respondidas bajo condición.

Por ello el añadido nos parece necesario en el texto del fragmento pues completa el sentido de la oración.

14. D. 45,1,4,1, (Mo. 651.1)

veluti «iter fieri» *fieri vel non fieri*³⁴⁰ quia quod in partes...

El añadido se encuentra en cinco de los testimonios cotejados por Mommsen (X^a, M, O, C, Y^b), y en Edinburgo 154, Ivrea y Vaticano 754 y Cambridge 271/671. Berlín 837 sólo tiene *vel non*. En Liber Pauperum VIII, 36 (Manuscrito Brugge), el añadido también está. X^b (¿de segunda mano?) e Y de primera, tienen la misma versión que F, es decir, sin el añadido.

³⁴⁰ En X^b el añadido es más amplio: *fieri vel non fieri vel quommodo ire agere liceat*.

El carácter de este añadido es especial. En el propio texto, unas líneas más abajo, el jurista explica el ejemplo que ha utilizado para expresar una obligación indivisible, «*iter fieri*» y es entonces cuando amplía a «*per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat*». Por ello, no sería extraño que en ese afán glosatorio de collateralidad que algunas veces se descubre, pueda encontrarse el orden del añadido en los testimonios del texto de la Vulgata. *Fieri vel non fieri* es una secuencia de carácter unitario, explicativo o ampliatorio del ejemplo del texto. Por ello no se aprecia motivo de entidad suficiente para considerar el añadido como auténtico, sino que puede tener su origen en la glosa. De ahí que no se va a contabilizar en este sentido.

15. D. 45,1,4,1, (Mo. 651.8)

eius ratum habiturus Paulus respondit non esse idem nam hac stipulatione

La cita subrayada se encuentra en algunos testimonios del texto de la Vulgata. Exactamente en X, O y Berlín 837 de segunda mano; Y también de segunda mano tiene un añadido mayor, *Paulus respondit non esse idem al. sine non*. Ivrea ha tachado la versión del primer copista (es de suponer que debía coincidir con la de F) y ha escrito encima el texto tal como está en el añadido. En F, Edinburgo 154 y Vaticano 154 la versión desconoce la cita, es decir de *habiturus* pasa a *nam*. También la desconoce Liber Pauperum VIII, 36³⁴¹.

Este texto corresponde al libro 12 ad Sabinum del Jurista Paulo. El propio texto cita a Catón y a Marcelo³⁴², de ahí que no resulte extraño que el propio jurista, para distinguir su opinión de la de los juristas que cita necesite autocitarse. Por otro lado ésta es una práctica corriente entre los juristas, sobre todo los que pertenecen a la época clásica tardía, y de los cuales es más apreciable su trabajo compilatorio que no el creativo.

³⁴¹ En Y hay una glosa de Acursio. *hoc si habeas Paulus respondit non esse idem, et sic Py(sis), sed alia deest non* (citado en aparato crítico). El manuscrito Brugge SB 375, del Liber Pauperum, tiene una omisión por homeoteleuto, de *stipulatione* a *stipulatione*

³⁴² Para una referencia sobre este texto, Vid TROJE, *Graeca Leguntur*, p. 19, nota 45.

Desde nuestro punto de vista el añadido no puede ser producto de la glosa ni de cualquier otra forma innovadora de constituir un texto, pues a la construcción sintáctica y gramatical del fragmento que nos ocupa no le hacía ninguna falta esta intercalación.

16. D. 46,2,19, (Mo. 700.8̄)

Contra senatus consultum fit: tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest... F.

Contra senatus consultum factum est et ideo quod solverit repetere non potest tanto magis quod hic nec solutum repetere potest... testimonios del texto de la Vulgata ³⁴³.

La versión del Manuscrito Florentino no se encuentra en ninguno de los testimonios del texto de la Vulgata, ni los citados por Mommsen en el aparato crítico ni los cotejados por nosotros a excepción de Cambridge 271/671, que sólo ha añadido *factum est et ideo*. En todos ellos se encuentra el añadido, y precisamente en todos ellos está de segunda mano. En unos se ha tachado para escribir encima, y en otros se ha puesto al margen.

Es evidente la similitud entre las palabras del añadido y las del texto: *solverit - solutum; repetere potest - repetere potest*. Ello es indicativo de un posible error mecánico de copista. El añadido se hace necesario no tanto desde el punto de vista del sentido, pues no hace más que insistir dos veces en la razón jurídica por la que el hijo de familia no podrá oponer al delegatario del crédito contra él, la excepción del Senadoconsulto Macedoniano. Esta razón se especifica al decir que contra este delegatario no podrá repetir lo pagado. Lo que ocurre es que el fragmento lo explicita primero impersonalmente, *quod solverit*, y después, remarcado con un *tanto magis* indicando expresamente la persona del deudor. En otro caso, ¿cuál sería el antecedente de *hic*, palabra que sí se encuentra en el texto Florentino?

A nuestro entender este añadido no está en F por un error propio o de su modelo.

³⁴³ La versión de los representantes de la Vulgata es variada. Vid. aparato crítico. También hemos cotejado Berlín 837 y Assisi 217. En ambos de segunda mano.

17. D. 46,3,72,5, (Mo. 713.16)

non videtur liberatus: *similisque modo si solverit servuum quia noxia solutus non est non liberatur*³⁴⁴.

En tres testimonios del texto de la Vulgata se puede encontrar esta versión añadida a la de F. Estos son C y M, y X de segunda mano. Todos los demás cotejados por Mommsen, y Edinburgo 154, Ivrea, Vaticano 754, Cambridge 271/671, Berlín 837 y Assisi 217 no cuentan con el añadido. La tradición griega lo desconoce.

El añadido está defendido por un homeoteleuto, pues no hay duda de que pasar de *liberatus* a *liberatur* resulta fácil. Pero dos elementos de distinto carácter indican un posible origen glosatorio del mismo.

El primer elemento lo constituyen la valoración de las palabras *similisque modo* con que se inicia el añadido. Estas palabras introducen siempre una oración explicativa o ampliatoria de lo dicho anteriormente, por tanto una oración no imprescindible para el sentido de la principal, y con ello el origen glosatorio siempre ha de sospecharse. El otro elemento se encuentra en el Manuscrito Y. Ahí hay una glosa interlineal de Martino a las palabras *non videtur liberatur*, en el mismo sentido que el añadido que comentamos.

Ambos elementos no son determinantes, pero incitan una duda razonable sobre la autenticidad del texto de estos representantes de la Vulgata citados.

Aquí la fuente muy bien puede ser una glosa de los profesores Boloñeses.

18. D. 46,8,22,pr. (Mo. 734.5)

qui *indebitum* solvit... F y los restantes manuscritos cotejados por Mommsen más Vaticano 754.

qui *pecuniam* solvit... Edinburgo 154 e Ivrea.

Liber Pauperum VIII, 44, tiene la misma lección que F.

Como puede apreciarse en este caso no nos referimos a un añadido sino a una variante menor; *indebitum* queda variado en *pecuniam*.

La variante incluso puede haberse encontrado por *lectio diffi-*

³⁴⁴ Esta es la versión de C y M^b. La versión de X es más extensa. Vid. aparato crítico.

cilior, en el sentido de la superior frecuencia de aparición de *pecuniam solvit* en relación a *indebitum solvit*. La variante, además, no resulta extraña al texto, pues cabría perfectamente que el jurista generalizara los casos en que el *procurator*, sin ratificación, ha pagado lo indebido, a aquellos casos en que el *procurator*, sin ratificación, ha pagado una cantidad.

No obstante, puede tener su origen en un error de copista; máxime hallándose la variante sólo en dos de los testimonios del texto de la Vulgata cotejados.

19. D. 47,1,2,3 y 4 (Mo. 736.17)

Todos los testimonios del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen (X, Y, M, O, C) y Edinburgo 154, Cambridge 271/671 y Berlín 837, cotejados por nosotros, han traspuesto los párrafos 3 y 4.

La última palabra del párrafo 2 es *tenebitur*, la última palabra del 3 también es *tenebitur* —*et Aquilia tenebitur y tribus actionibus tenebitur*, respectivamente—. Esto puede ser la causa paleográfica de la confusión, dado que los Manuscritos Boloñeses tienen un signo que separa los párrafos, de gran utilidad para fines escolares.

También cabe pensar que toda una rama de la tradición griega tenga ya la trasposición de los párrafos del fragmento, y que la situación de los Boloñeses, manifieste la de toda esa rama. Puede ser éste un texto resultado de confección compilatoria pues llama la atención el inicio de cada párrafo: el 2... *idem dicendum*, el 3... *Quaestium est*, el 4... *item si quis*, el 5... *item si quis*, el 6... *Item si quis*.

Como puede apreciarse las dos posibilidades llevan a direcciones completamente opuestas; la primera en la que la trasposición debe calificarse de error mecánico, no tiene efectos estemáticos entre F y los representantes de la Vulgata pero en cambio sí los unifica en un antecedente común culpable de dicho error (el Codex S??). La segunda posibilidad, tan probable o tan improbable como la primera, separa netamente la rama de F y la de la tradición del texto de la Vulgata, en este punto.

20. D. 47,2, entre 37 y 38 (745.34)

Ulp. 1. VI ad edictum. Si filius familias surreptus sit patrem habere furti actionem palam est.

Cuatro testimonios del texto de la Vulgata añaden un frag-

mento entero entre los fragmentos 37 y 38. Estos testimonios son M, que tiene el añadido marginalmente, y Vaticano 754, que lo ha situado normalmente como un texto más. Assisi 217, que lo ha añadido detrás del fragmento 38 y Berlín 837 que lo tiene con la inscripción incompleta, y con parte de texto del fragmento 37³⁴⁵.

Los restantes testimonios del texto de la Vulgata, los consultados en la edición, más Edinburgo, Ivrea y Cambridge 271/671, consultados por nosotros, tienen exactamente lo mismo que F, a excepción de C que en el texto 38 añade las palabras *sed pater habet*, después de *habet*, es decir al finalizar el párrafo pr. de este texto.

El fragmento, coincidente en los cuatro testimonios, se imputa a Ulpiano. El testimonio M tiene la inscripción completa (1.VI *ad edictum*), mientras que Vaticano 754 sólo tiene, y abreviadamente, el nombre del jurista. De este dato llama la atención que la inscripción completa de M no puede haberse traspuesto de ningún otro fragmento, pues hasta el fragmento 66 del título no se encuentra masa edictal³⁴⁶.

El contenido del fragmento añadido corresponde a la rúbrica del título³⁴⁷.

Indudablemente que ha de ponerse en relación este fragmento añadido con el fragmento 38 de F, que habla de la ausencia de acción de la madre en el caso de que el hijo *surrepti sit*. Incluso, viene a apoyar esta opinión el añadido de C, ya comentado.

Desde nuestro punto de vista este añadido formaba parte del propio fragmento 38, y debió caer en un estadio antiguo de la tradición.

21. D. 47,8,2,pr. (765.9)

Todos los testimonios del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen, más los cinco testimonios cotejados por nosotros, tienen un añadido coincidente intercalado en el párrafo pr. del

³⁴⁵ En Berlín 837 la inscripción es Ulp X, y en los otros dos fragmentos la inscripción es completa

³⁴⁶ Aunque en ocasiones hay *libri ad edictum*, que según la división de BLUHME, corresponden a la masa Sabiniana. En nuestro caso no hay ninguna inscripción de *libri ad edictum* hasta el fragmento 66.

³⁴⁷ Puede observarse que no tiene nada que ver con el párrafo 3 de la lex 14 h.t., aunque MOMMSEN así lo diga en aparato crítico

fragmento a que nos referimos ³⁴⁸. No está en Cambridge 271/671. El añadido, colocado después de las palabras *iudicium dabo* es: *ei de vi bonorum raptorum intra anuum in quadruplum post anuum in simplum iudicium dabo* ³⁴⁹. El añadido tiene 71 letras y finaliza con las mismas palabras que las que le preceden en el texto. En Liber Pauperum VIII, 58, se encuentra en tres de los seis manuscritos ³⁵⁰.

Desde nuestro punto de vista este añadido debería haberse recogido en el texto de la edición, pues su contenido es importante dogmáticamente, y además la probabilidad de que haya caído por homeoteleuto de *iudicium dabo* a *iudicium dabo*, hace que la propuesta sea más verosímil. Es necesario percatarse también de que el contenido es más propio del Edicto del Pretor que de una glosa.

22. D. 49,1,10,1, (866.9)

autem coniunctae faciunt *quid faciat iudex vindendum et*
est

Todos los testimonios del texto de la Vulgata, de primera mano, cotejados por Mommsen y los cotejados por nosotros, excepto Berlín 837 ³⁵¹, añaden, después de *autem coniunctae faciunt* la secuencia subrayada que tiene 28 letras.

El contenido del añadido no tiene ningún viso de origen glosatorio, y aporta algo a lo que dice el propio parágrafo. La coincidencia en todos los testimonios del texto de la Vulgata cotejados (excepto en uno) es el otro elemento en que basamos la calificación de añadido, como digno de recuperarse en texto.

Relacionamos ahora variantes, que por su escasa importancia no parece necesario un comentario individualizado.

D. 39,1,1,13, (Mo. 374.30); F... *vetus fulciat*, Vulg... *fulciat*.

D. 39,1,13, (Mo. 378.28); F... *vim facturum*, Vulg... *facturum*.

D. 39,1,20,8, (Mo. 379.22); F... *putant*, Vulg... *tam actionem*.

D. 39,4,8, (Mo. 405.5); F... *em munem*, Vulg... *rem communem*.

³⁴⁸ Por supuesto nos referimos a Edinburgo, Ivrea, Vaticano, Assisi 217 y Berlín 837. En este último se encuentra escrito después de la primera transcripción

³⁴⁹ No todos los representantes del texto de la Vulgata han añadido exactamente lo mismo, no obstante, las variaciones son de pequeña importancia.

³⁵⁰ Vid. ZULUETA, «Liber Pauperum», *op. cit.*, p. 284. Los tres manuscritos son Brugge 375, Avranches 142 y Wenck.

³⁵¹ Cambridge 271/671 también añade.

D. 39,5,31,4, (Mo. 413.25); F... ratae, Vulg... ratae perfecte.

D. 39,6,1,pr. (Mo. 414.31); F... quam eum, Vulg... magis quam eum.

D. 40,1,6, (Mo. 422.26); F... ob libertatem «acceptur» pactus erat

Vulg... " acceperat.

D. 40,2,13, (Mo. 426.19); F... decem et octo, Vulg... et septem. y conectado con este último caso, D. 40,2,20,pr. (Mo. 427.16) en el que F... viginti quinque; Vulg... viginti ³⁵².

D. 40,4,4, (Mo. 428.24); F... ---, Vulg... heres.

D. 40,4,5, (Mo. 428.30); F... libertatibus, Vulg... in directis libertatibus.

D. 40,4,20, (Mo. 431.13 a 18); Este añadido de algunos testimonios del texto de la Vulgata sólo se encuentra citado en Savigny. Mommsen no hace ninguna mención en aparato crítico ³⁵³.

D. 40,7,39, (Mo. 467.21); F... ---, Vulg... septem.

D. 40,9,19, (Mo. 473.21); F... nulla, Vulg... ---.

D. 41,2,1,pr. (Mo. 502.4); F... *sedibus*, Vulg... *pedibus* ³⁵⁴.

D. 41,2,52,pr. (Mo. 517.4); F... nam que, Vulg... neque.

D. 41,3,23,pr. (Mo. 521.22); F... possessionem temporis immobilium omnium mutet.

Vulg... possessio temporis immobilium rerum dominium mutet ³⁵⁵.

D. 43,3,1,3, (Mo. 569.2); F... huius, Vulg... huius edicti.

D. 43,3,1,5, (Mo. 569.8); F... utique cesabit hoc interdictum.

Vulg... necesse habebit.

D. 43,12,1,22, (Mo. 580.1); F... et, Vulg... et teneri te.

³⁵² Es interesante tener en cuenta estas variantes en números cardinales, sobre todo cuando se refieren no a cantidades de cosas sino a años de una persona, resultan de gran importancia dogmática.

³⁵³ Vid. SAVIGNY, «Storia...», *op. cit.*, t. 1, p. 685, nota e). Nosotros hemos cotejado el microfilme de Edinburgo y no cuenta con este añadido.

³⁵⁴ Sobre esta variante vid. NABER, *RSDI* (1934).

³⁵⁵ KANTOROWICZ critica a MOMMSEN que no haya preferido la lección del texto de la Vulgata. Vid. «Die Entstehung...», *op. cit.*, p. 226.

- D. 44,5, rúbrica (Mo. 638.2̄); F... Quarum rerum actio non datur.
 Vulg... Quarum rerum actio non datur et de exceptione iurisiurandi ³⁵⁶.
- D. 44,7,5,pr. (Mo. 641.21̄); F... magis, Vulg... minus.
- D. 45,1,35,1, (Mo. 654.15̄); F... sisororem, Vulg... Si sororem suam.
- D. 46,1,27,1, (Mo. 690.39); F... sive plures, Vulg... sive unus sive plures.
- D. 46,1,35, (691.37̄); F... de peculio est, Vulg... de peculio actio est.
- D. 46,1,47,1, (Mo. 693.6̄); F... si non est, Vulg... si non est suo nomine.
- D. 46,1,71,2, (Mo. 697.22̄); F... creditori, Vulg... hoc creditori.
- D. 46,3,39, (Mo. 706.1̄); F... alteri, Vulg... non alteri.
- D. 46,7,3,5, (Mo. 728.7̄); F... agendi facultas, Vulg... ius agendi facultas.
- D. 48,5,21, (Mo. 810.19̄); F... patribus, Vulg... parentibus ³⁵⁷.
- D. 49,1,21,3, (Mo. 867.37̄); F... populi traherentur, Vulg... popularentur.
- D. 50,17,7, (Mo. 957.19); F... testatus et intestatus.
 Vulg... (sólo Seo d'Urgell 2029) ut si quis sit testatus es intestatus.
- D. 50,17,22,1, (Mo. 958.11̄); F... hoc habendum esse.
 Vulg... (sólo Seo d'Urgell 2029)... negandum esse.

RECAPITULACION

En este apartado se han tratado 22 variantes, además de la relación de las que hemos considerado sin suficiente entidad.

³⁵⁶ En el índice de títulos de F y P no se encuentra este añadido, pero hay que tener en cuenta que los dos fragmentos que comprende el título se refieren a la «excepción de Juramento».

³⁵⁷ Vid KANTOROWICZ, *op cit*, p. 226, cree que debe recuperarse la lección del texto de la Vulgata en lugar de la de F.

Desde nuestro punto de vista, y después del análisis pormenorizado de cada una de ellas, hemos considerado:

Tres variantes entre el texto del Manuscrito Florentino y el de los más antiguos representantes del texto de la *Vulgata del Digestum Novum*, que pueden deberse a conjetura (las n.º 3, 8 y 9).

Seis variantes pueden haberse originado por un error mecánico en el proceso de transcripción (las n.º 1, 2, 16, 18, 19 y 20).

Cinco variantes que pueden tener su origen en una glosa marginal entrada en texto (las 6, 10, 12, 14 y 17).

Ocho variantes, cuyo origen no ha sido posible diagnosticar por el método utilizado para las anteriores. En algunos casos se ha propuesto incluso su recuperación en el texto de una edición, pues completaban el sentido del fragmento. No obstante para determinar su origen, sería necesaria la utilización de un método mucho más preciso. Estas son las 4, 5, 7, 11, 13, 15, 21 y 22.

UNIFICACION DE TODA LA TRADICION DEL TEXTO DE LA VULGATA EN UN TESTIMONIO PRECEDENTE COMUN, EL CODEX S

Mommsen propone la unificación de los más antiguos códices del texto de los testimonios de la *Vulgata* en un origen común, llamado por él *Codex S* (*ecundus*)³⁵⁸.

Mommsen para probar el «*Bononiensium antiquorum origo comunis*»³⁵⁹ propone tres hipótesis alternativas: primera, toma la tripartición del texto de la *Vulgata* del *Digesto* como punto de partida. Una particularidad tan sobresaliente solo puede fundamentarse en un testimonio, común antecedente³⁶⁰; después habla de la trasposición de texto que afecta al libro 23; y, por último, presenta variantes concretas entre el texto de los testimonios de la *Vulgata* y el texto de F, que se caracterizan por encontrarse de primera mano en los representantes más antiguos del texto de la *Vul-*

³⁵⁸ Vid en este trabajo, el apartado dedicado a Theodor MOMMSEN en donde se hace hincapié en esta proposición

³⁵⁹ Praefatio LXIII

³⁶⁰ Vid en este trabajo, apartado 3 I en lo que llamamos la gran «*crux*» de la tradición manuscrita del *Digesto*.

gata, y, sin embargo, están omitidas en F. Estas variantes citadas por el editor son seis ³⁶¹, D. 9,2,17, D. 9,4,39,4, D. 28,6,45,pr., D. 43,16,1,9, D. 44,3,3 ³⁶². D. 30,47,pr.

Mommsen al hablar de estas variantes llega a decir *quam ob rem ubi dissentiunt inter se bono nienses ita, ut recentiores cum Florentina faciant, antiquiores autem ab ea discrepent, ibi plerumque illo ad Florentinam exacti sunt, hi archetypi deperditi S lectionem servant...* y, por ello, ninguna de ellas ha sido admitida en el texto de su edición.

En cualquier caso el ejemplo más fuerte «das stärkste Beispiel» al decir de Kantorowicz, es la conocida trasposición del libro 23, que ya había sido indicada por Bluhme a Schrader con anterioridad a la edición ³⁶³. Con esta y con otra trasposición de menor extensión descubierta por nosotros en el libro 39 queda bien patente la necesaria existencia de este Codex S, manuscrito madre de los testimonios del texto de la Vulgata, al menos en lo que se refiere al Digestum vetus y al Digestum novum. Empezaremos por exponer los pormenores de ambas trasposiciones.

1. En el libro 23, a la altura del título 3.º fragmento 56, párrafo 1 (p. 679 de la ed. maior, línea 17, vol. I), después de las

³⁶¹ La cita 13 8 (número de página de la edición y número de línea, respectivamente), vol. II, debería decir 13.10.

³⁶² Estas cinco variantes son las siguientes (citamos la situación en la editio maior y el lugar que le corresponde en el Digesto).

281 29. D. 9,2,17.
 304 35..... .. D. 9,4,39,4.
 859.39. D. 28,6,45,pr
 13 11 D. 30,47,pr
 582 38. D. 43,16,1,9.
 628.35. D. 44,3,3.

Nosotros hemos trabajado cada una de estas variantes en su lugar correspondiente; excepto en las dos últimas para las que hemos propuesto un origen glosatorio, las cuatro restantes las hemos calificado como recuperables para el texto de una edición.

³⁶³ Vid KANTOROWICZ, «Die Entstehung. .», *op. cit.*, p. 213, nota 2. En el Praefatio a la edición, XXXXVI, MOMMSEN habla del Apparatus Schraderi. Ahí se pone de manifiesto la utilización que MOMMSEN hizo de las notas de SCHRADER: « . utilissima mihi fuit codicum Bononiensium noticia elaborata examinatis a Schradero eiusque amicis, Clossio in Gallia, Hachio in Britannia, praesertim vero a Blumio et Maiero in Italia bibliothecis maiouribus... ».

palabras *ibi dos esse debet*, todos los manuscritos Boloñeses que pueden datarse hasta la primera mitad del siglo XII, los posteriores suelen estar ya corregidos, continúan erróneamente con un trozo de texto considerable, que a la vista del testimonio Florentino corresponde a un lugar posterior del Digesto. (Para medir la extensión de este trozo de texto pueden valerlos la extensión aproximada de una línea de la edición maior; ocuparía entre 130 y 140 líneas de dicha edición)³⁶⁴.

Cuando el texto llega a Digesto 23,4,2 a la altura de las palabras *dotem remanere* (p. 687, línea 12 de la ed. maior), continúa con las palabras *ubi onera matrimonii sunt*, es decir, las palabras con las que hubiera tenido que continuar en el primer momento del error. A partir de aquí el texto de los testimonios de la Vulgata, continúa hasta llegar a la altura de la palabra *remanere*. Por supuesto el manuscrito Florentino manifiesta una disposición correcta de todo este texto que aquí estamos comentando.

En los referidos manuscritos del texto de la Vulgata el error continúa, pues después de *remanere* se encuentran las palabras *nactum ad heredum suum* que corresponden a D. 23,4,25, (p. 690, línea 38 de la ed. maior) que continúan hasta D. 23,5,13,4, con las palabras *an non valent quaeritur* (p. 695.1). De ahí el texto —siempre según la disposición de F— vuelve otra vez hacia delante; se encuentran las palabras *et si convenisset*, que corresponden a D. 23,4,2, (p. 687, línea 13 de la ed. maior), llegando hasta *pacti conventi exceptionem*, D. 23,4,25 (p. 690, línea 38 de la maior). A partir de ahí el texto ya continúa sin ningún problema.

Como ya vieron Schrader y Bluhme esta trasposición se caracteriza por la aproximada extensión del texto traspuesto, en cada una de sus unidades. De ahí que todos los autores estén de acuerdo en que la causa de este error sea un evento material, solo ex-

³⁶⁴ Vid Praefatio LXV. «...capiebant enim versus huius editionis CXXX-CXXXX » De todas maneras nosotros hemos contado dicha extensión, también tomando como unidad las líneas de la *editio maior*, y el resultado es algo menor. Vid infra en el texto de nuestro trabajo PESCANI se ha tomado la molestia de contar el número de letras del primer folio traspuesto 9 122 letras De ahí que diga que las letras que contenía una **página** de S debían ser aproximadamente 9.000, y que el «foglio» entero (bifolio de los ingleses), compuesto por cuatro **páginas** debía tener aproximadamente 36.000 letras Vid el trabajo de este autor *V 1406 nella ricostruzione del Digesto*, en Studi Grosso (1972), vol V, pp. 86 y 87

plicable por una descolocación de hojas de un testimonio. Hay que imaginar un cuaderno compuesto por dos hojas dobles, que en el momento de la encuadernación se trasponen, quedando dentro la hoja que debería formar el exterior del cuaderno y correlativamente quedando en la cara externa la que debería haberse colocado en el interior ³⁶⁵.

Tomamos la explicación gráfica del propio Mommsen, en su trabajo preparatorio de la edición, pues nos parece extraordinariamente apropiada ³⁶⁶.

	non venditio contrahitur (23,3,69,7) bis, 134 líneas de la ed. maior y una Rúbrica.
Hoja II	remanere (23,4,2)
	ubi onera matrimonii sunt (23,3,56,t) bis, 128 líneas de la ed. maior 9.122 letras (según Pescani)
Hoja I	declaratur (23,3,69,7)
	nactum ad heredem suum (23,4,25) bis, 128 líneas de la ed. maior y una Rúbrica
Hoja IV	an non valeant quaritur (23,5,23,4)
	et si convenisset (23,4,2) bis, 135 líneas de la ed. maior
Hoja III	pacti conventi exceptionem (23,4,25)

³⁶⁵ Para la idea de *quaternio*, vid. BATELLI, *lezione di Paleografia citta del Vaticano* 1949 (en anastática Modena, 1978), p. 39 y también E. M. THOMPSON, *Paleografia greca e latina*, Ulrico Hoepli, 1940 (en anastática Milano, 1977), pp. 32 y 33. El propio BATELLI nos informa de que el pergamino es especialmente apropiado para formar hojas dobles o *quinternios* (apreciar que entre los dos autores citados no hay unidad terminológica). Es más, es frecuente en textos de la antigüedad numerar sólo los *quinternios* de un testimonio, es decir, que eran las unidades a tener en cuenta en la encuadernación. Entre nosotros, BLECUA, adoptando el nombre de CUADERNO para cada una de estas unidades. Según este autor, estamos ante un BINION, es decir, cuaderno formado por dos hojas. Vid. BLECUA, «Manual de crítica textual», *op. cit.*, p. 159.

³⁶⁶ Vid. «Uber die kritische Grundlage. .», *op. cit.*, en *Gesammelte Schriften, Juristische Schriften*, II, p. 127. Berlin, 1905

Por todo ello este error unifica la Vulgata en un testimonio madre común, al que Mommsen llama Codex S(ecundus).

Los cuatro manuscritos más antiguos del Digestum vetus, los cotejados por Mommsen, han enmendado el error por cotejo con F; «ohne Zweifel in Folge der Vergleichung des Pisaner Codex» dice el propio Mommsen; incluso el Manuscrito de Turín, FII14, que no tiene la trasposición, muestra todavía alguna huella de la misma ³⁶⁷.

³⁶⁷ En el microfilm de los manuscritos puede apreciarse que

Manuscrito de Leipzig en toda la trasposición puede apreciarse de manera evidente, que hay dos tipos de letra distinta; una que pertenece al copista y otra al corrector. Exactamente debe apreciarse. 1.º Después del Digesto 23,3,60, D 23,3,61, viene el fragmento D 23,4,62, que no está acabado, llega hasta *deceserit* (Mo p. 681, línea 25) El siguiente folio (198 del manuscrito) se inicia con el final del fragmento 61 (Mo p 681, línea 13: *non possit, quam ut pecuniam*), acaba el fragmento 61 y continúa con el 62. Es de apreciar que este trozo del fragmento 61 final, y el trozo inicial del fragmento 62 (p. 197, verso 198 del manuscrito) están enmarcados por una raya horizontal arriba y otra vertical, en el margen izquierdo, que por uso librario de esta época deben interpretarse como tachados. 2.º Después del fragmento D. 23,4,7 (folio 199 verso del manuscrito), se encuentra sorprendentemente y a continuación, el fragmento D. 23,3,59, D. 23,3,60, D. 23,3,61, hasta *rata non habetur* (Mo. p 681, línea 8), luego continúa el fragmento D. 23,4,8.

De todo ello puede deducirse que el corrector de Leipzig, para corregir toda la trasposición, *utilizó folios escritos por el primer copista* con la finalidad de aprovechar, cambiándolos de lugar, y necesitando tachar o corregir al principio y al final, para hacerlas coincidir. Veamos El folio 198 del manuscrito es aprovechado y eso explica que al principio no corresponda con lo que debería tener, que es el final del fragmento 62, sino que tenga el final del 61; el corrector ha tachado este trozo y el final de la hoja anterior que es el principio del fragmento 62, y así ha podido aprovechar toda una hoja ya escrita por el copista del manuscrito, simplemente cambiándola de lugar.

Observar que la letra del folio 198 del manuscrito es igual que la del 197, excepto en las nueve últimas líneas (en donde empieza la trasposición); y a su vez es letra distinta de la del folio 197 verso, que es la del corrector que ha borrado y escrito encima, como puede apreciarse incluso en la fotocopia.

Observar que el folio 199 verso del manuscrito, en la columna derecha también es aprovechado. Estamos situados en D 23,4,3,4 y 5,6,7. Este último fragmento acaba en las dos primeras líneas de la columna derecha *ea in matrimonio dos ad patrem reversura est, repitiendo ad reversura est* (Mo., p. 688, línea 17). Luego continúa los fragmentos correspondientes a D. 23,3,59,60 y 61 (éste último sólo en parte, exactamente hasta *rata non habetur* (Mo. p. 681, línea 8), también que en el margen derecho de la columna derecha aparece una línea quebrada () que debe interpretarse como de anulación de lo escrito, por el uso librario de la épo-

del libro 39, a la altura del fragmento 5, párrafos 14, 15 y 16 ³⁶⁸. La trasposición se nos hizo patente al comprobar el microfilm del manuscrito Edinburgo 154. A partir de ahí cotejamos: a) Cambridge GC 271/671, Seo d'Urgell 2029 y Berlín lat. fol. 837, que tiene la trasposición exactamente igual que Edinburgo 154. b) Bamberg Jur. 18, que tiene una trasposición conectada con la de los testimonios citados, pero no exactamente igual. c) Ivrea 63, Vaticano 754 y Torino E. 1.12, que tienen sólo una pequeña huella de la trasposición. d) Wien ÖNB 2252, Bamberg Jur. 17, Assisi 217, Biblioteca Vaticana Pal. Lat. 753 y Basel C. 1.7, que no tiene ninguna huella de la trasposición. e) Para el Liber Pauperum el Manuscrito Brugge 375, cuya situación es igual que la del grupo b), es decir, la de Bamberg Jur. 18. En total, se han consultado 14 testimonios.

La trasposición es como sigue: En D. 39,1,5,16 (p. 377, vol. II de la editio maior, línea 9), después de las palabras *an vero plures sint necessariae*, los manuscritos Cambridge, Edinburgo, Seo d'Urgell y Berlín 837 ya citados, pasan a transcribir el fragmento 9 —de Gaius— omitiendo entremedio el final del fragmento 5 y

³⁶⁸ En la tragedia griega hay que ir al Τίλοκαίτος para encontrar un comentario a este fragmento, pues en las Basílicas no está. Vid. HEIMBACH, Supplementum, p. 314, nota h.

Para las palabras *et ait Iulianus* existe una variante entre el Manuscrito Florentino y el de los testimonios Boloñeses. En el Manuscrito Florentino se inicia una lex distinta, mientras que en los Boloñeses el fragmento 5 tiene carácter unitario. Incluso en éstos no sólo no se inicia lex sino que no se inicia ni párrafo. El error puede deberse al copista del propio Manuscrito Florentino, pues inicia la inscripción con las palabras *et ait Iulianus libro*, forma impropia de una inscripción. De todas maneras también puede apuntarse la posibilidad de que la variante se origine en el propio proceso compilatorio; Los fragmentos 2 y 14 (de la masa Sabineana), del título, tienen la misma inscripción que causa la variante: *Iulianus libro 49 Digestorum*. Incluso puede observarse que en este título no se respeta el orden propuesto por BLUHME: el fragmento 16 del título (masa edictal) corresponde a Ulpiano libro 13 *ad edictum*; cuando todos los fragmentos anteriores del mismo jurista y masa corresponden al libro 52 *ad edictum*, por otro lado, el fragmento 2 es de Juliano libro 49 *Digestorum*, mientras que el 6 y 13 corresponden al mismo Jurista pero en libro 41 *Digestorum*, todo ello en la masa Sabineana

Sobre los Digestos de Juliano pueden encontrarse observaciones muy interesantes en un trabajo de MOMMSEN de 1870. Se encuentra en los *Gesammelte Schriften, Juristische Schriften*, vol. II, p. 7, Berlín, 1905.

omitiendo también el fragmento 6, 7 y el 8 (aproximadamente 34 líneas de la editio maior de Mommsen). Luego siguen el orden correcto, es decir, fragmentos 10, 11, 12, 13, etc., hasta llegar al fragmento 20. Al final de dicho fragmento y sin solución de continuidad, pasan a transcribir el final del fragmento 5, pero unas palabras antes de donde anteriormente habían iniciado la omisión. Exactamente después de las palabras *idcirco non exigitur* (p. y vol. de la editio maior ya citados, línea 4). A partir de ahí acaba el fragmento 5, transcriben el 6, 7 y el 8, y a partir del final del fragmento 8 transcriben el 21, 22 y 23 que son los finales del título.

Los Manuscritos Ivrea, Vaticano 754 y Torino E. 1.12 no manifiestan la trasposición tal como está descrita arriba, pero al final del fragmento 20 vuelven a transcribir un buen trozo del fragmento 5; exactamente el que en los manuscritos arriba citados también está repetido, es decir, desde *ut iuret is ante* (palabras que siguen a *idcirco exigitur*) hasta *plures sint necessariae*.

El manuscrito Bamberg Jur. 18, sólo ha traspuesto parte del texto del título a que nos referimos, sin omitir ni repetir nada. Exactamente los fragmentos 21, 22, 23, que son los finales del título, están colocados en el noveno, décimo y undécimo lugar del orden de fragmentos. Luego continúa con los fragmentos 9 a 20 y a partir de ahí inicia el título 2 del libro 39.

La causa de esta descolocación ha de buscarse necesariamente en un evento material. Un error mecánico explicable por trasposición de hojas en un testimonio modelo o una anotación marginal ambigua; la extensión de la trasposición no permite pensar en un error de copista saltando de palabra igual a palabra igual.

Para desentrañar la causa de la trasposición, y una vez descartada la posibilidad de que la causa del error se encuentre en el manuscrito Florentino, pues las unidades de la trasposición no se corresponden con los folios de F, nosotros hemos partido de un dato objetivo: la aproximada extensión de cada una de las unidades de la trasposición;

— Desde *et ait Iulianus* hasta el final del fragmento 8 se ocupan aproximadamente 34 líneas de la editio maior, cantidad que multiplicada por 70, aproximadamente el número de letras por línea, dará 2.380 letras.

$$34 \times 70 = 2.380$$

— Desde el principio del fragmento 9 hasta el final del fragmento 20 se ocupan aproximadamente 70 líneas de la editio maior; 70 dividido entre dos corresponden a 35, cantidad perfectamente asimilable a la unidad anterior; 35 + 35 multiplicado por 70 son 4.900 letras.

$$35 \ 35 = 70 \times 70 = 4.900$$

— Los fragmentos 21, 22 y 23, ocupan aproximadamente 30 líneas de la editio maior, que multiplicado por 70 corresponden a 2.100 letras.

$$30 \times 70 = 2.100$$

Es decir, encontramos tres unidades claras, que se encuentran en distinta posición en los manuscritos cotejados, pero que en todos los casos dichas unidades se manifiestan inseparables.

Combinando este dato objetivo, con lo comentado más arriba conforme a la que una trasposición de esta extensión sólo puede explicarse por una trasposición de hojas de un testimonio anterior, podemos imaginar un cuaderno de un manuscrito, binio, es decir, formado por dos folios dobles, que se hallaría dispuesto de la siguiente manera: En la primera hoja externa se encontraría la primera unidad de la trasposición (desde *et ait Iulianus* hasta *mentio fit*, final del fragmento 8). En la última hoja del cuaderno se encontraría desde el principio del fragmento 21 hasta el final del fragmento 23 (desde *Ulpianus libro* hasta *nuntiatum est*). La primera hoja tendría 2.380 letras y la última del cuaderno tendría 2.100; en total 4.480 letras.

A su vez el folio doble interno del cuaderno estaría ocupado por el texto desde el principio del fragmento 9 hasta el final del fragmento 20, *successoribus competit*. Aproximadamente 4.900 letras.

En total el cuaderno tendría 9.380 letras.

Lo que habría pasado, ya en el momento de la encuadernación o como resultado de una restauración del manuscrito, es que el folio interior del cuaderno se hubiera desgajado de su unidad natural, y se hubiera compaginado detrás del folio externo del cuaderno. Con ello al texto de la primera unidad mencionada le

seguiría el texto de la última, y a ésta le seguiría el texto de la intermedia.

Para confirmar la hipótesis avanzada, hemos calculado también —aproximadamente— el número de letras desde el principio de la trasposición hasta el principio del libro 39; lógicamente los parámetros han sido los mismos que los utilizados para calcular la extensión de la trasposición: número de líneas ocupadas en la editio maior, multiplicado por 70, cantidad que ya hemos dicho corresponde aproximadamente al número de letras por línea que caben en la misma editio maior. El resultado ha sido asombroso. Desde *plures sint necessariae* (últimas palabras antes de la trasposición) —contando hacia atrás— hasta el principio del primer fragmento del primer título del libro 39, son 119 líneas de la editio maior, y por tanto 8.330 letras. Esta cantidad en relación a las 9.380 letras que hemos calculado para el cuaderno de la trasposición, es sensiblemente menor, pero ha de tenerse en cuenta que el inicio de libro y de título, con su correspondiente rúbrica, tienen que destacarse del texto de los fragmentos y por tanto desaprovechar espacio del testimonio. (A este testimonio imaginario que proponemos le llamaremos φ .)

Esta hipótesis tiene un flanco que no queremos dejar de comentar; ese manuscrito imaginario que proponemos (φ) debía ser extraordinariamente pequeño. De hecho, tomando como modelo al manuscrito Edinburgo 154, la segunda trasposición, es decir, la que ocupa desde el principio del fragmento 9 hasta el final del 20, cabrían perfectamente en un folio recto de este testimonio. Por supuesto que hemos tenido en cuenta la posibilidad de que este testimonio imaginario tuviera las medidas de Edinburgo 154, y que lo ocurrido hubiera sido una encuadernación errónea de un folio, volviéndolo al revés. Pero esta hipótesis no cabe porque las unidades de la trasposición son inescindibles en todos los manuscritos cotejados, y ello predetermina totalmente nuestra hipótesis.

En cualquier caso proponemos esta hipótesis a título de verosimilitud. Pueden darse innumerables eventos materiales que expliquen de la misma o de mejor manera, la situación de los testimonios cotejados.

Llegados a este punto hay que plantearse las consecuencias de este error mecánico y ponerlo en relación con la trasposición de texto comentada más arriba, que afecta a los títulos 3.º y 4.º del libro 23.

En la trasposición del libro 39 es indudable que existe un manuscrito madre (φ), anterior a los testimonios cotejados por nosotros, que sirve a éstos de modelo directo o a través de intermedios, y en el que debe localizarse el evento material comentado o cualquier otro que pueda haber causado la trasposición. La circunstancia de que los manuscritos en que hemos encontrado la trasposición sean los más antiguos del *Digestum novum*, y que también esté en el *Liber Pauperum*, es un dato de gran relevancia para este punto, pues permite afirmar que toda la tradición Boloñesa del *Digestum novum*, depende de un solo manuscrito anterior. La corrección de la trasposición en los testimonios más modernos, e incluso en los cotejados por nosotros que sólo manifiestan una huella de la misma, muy bien puede haberse realizado por confrontación con F, como en la trasposición del libro 23. Ahora bien, ¿ese manuscrito imaginario (φ), del que depende toda la tradición Boloñesa del *Digestum novum*, es asimilable al *Codex S* propuesto por Mommsen, o al menos coetáneo?

A la vista del dato objetivo que nos aporta la contabilización del número de líneas y, por tanto, número de letras de cada una de las unidades de ambas trasposiciones —la del libro 23 y la del libro 39— una consecuencia es indiscutible; el *Codex S* imaginado por Mommsen, no puede asimilarse al *Codex* imaginado por nosotros (φ) pues la extensión es notablemente desigual. Exactamente puede decirse que al *Codex* imaginado por nosotros le corresponde una extensión menor en 1/4 parte que al *Codex S* propuesto por Mommsen. ¿Puede deducirse de ahí que el *Codex S* no tenía carácter unitario? A nuestro entender, y si quisiéramos encuadrar la deducción dentro de la clasificación académica: posible, probable, seguro, deberíamos encuadrarla en la 2.ª categoría. Hay una razón para ello: los Manuscritos del *Digestum vetus* que manifiestan la trasposición del libro 23 son notablemente más antiguos que los Manuscritos del *Digestum novum* que manifiestan la trasposición del libro 39. De ahí que nada impida que ese manuscrito imaginado por nosotros (φ), se encuentre en un estadio

cronológicamente posterior en la tradición y por tanto, ello no empecería el carácter unitario del Codex S.

RECAPITULACION

En cualquier caso, la unificación de la tradición Boloñesa del *Digestum novum* en un Códice anterior del que dependen los testimonios Boloñeses, directamente o a través de manuscritos intermedios, resulta un importante elemento de reflexión. Nosotros sólo queremos insistir en la localización de ambas trasposiciones; la del libro 23 se encuentra al final del *Digestum vetus*, la del libro 39 al principio del *Digestum novum*; las dos pueden explicarse por desencuadernación o descompaginación de manuscritos, eventos materiales que normalmente afectan a los folios primeros y últimos de los manuscritos, no a los folios intermedios. Por ello la tripartición del texto del Digesto Justiniano se encontraba ya en él, o en los manuscritos antecedentes directos de los Códices Boloñeses. Mommsen deduce la tripartición de S de la tripartición de los más antiguos testimonios del texto de la Vulgata; nosotros probamos la tripartición de S con un argumento paleográfico.

Queremos resaltar que esta opinión no es óbice para continuar sosteniendo la aportación de Kantorowicz, para el que el Codex S, siendo tripartito se habría concebido unitariamente. Ya hemos dicho que nuestro código imaginario del *Digestum novum* (φ) no puede asimilarse al Codex S de Mommsen, porque probablemente se encuentre en un estadio cronológicamente posterior de la tradición. (Vid. en este trabajo el apartado I.)

Con ello cerramos el apartado de este trabajo referido al Codex S; no se ha avanzado en lo que hemos llamado al principio de este trabajo la «crux» de la tradición manuscrita del Digesto; sí al menos se ha confirmado para el *Digestum novum* la unificación de toda la tradición Boloñesa en un manuscrito antecedente común (φ); lo que ya no se puede deducir es si este manuscrito representó para el *Digestum novum* lo que el Codex S para el *Digestum vetus*, con lo que la idea de la concepción unitaria del Codex S quedaría destruida; o si este manuscrito se encuen-

tra en un estadio posterior de la tradición del *Digestum novum*, pudiendo ser copia del Codex S en esta parte de la obra justiniana, y por tanto la existencia de este manuscrito no afecte en absoluto la unitariedad del Codex S³⁶⁹ y ³⁷⁰.

³⁶⁹ Los pormenores del Codex S(ecundus) han sido ya expuestos en la primera parte de este trabajo, al explicar las opiniones de MOMMSEN, KANTOROWICZ y MIQUEL. Especialmente este último autor dedica gran atención a este tema en su trabajo «Mechanische Fehler .», *op cit*, pp 276, 277 y 278 a 284. La aportación de KANTOROWICZ es fundamental, Vid «Über die Entstehung. .», *op cit*, pp 212 a 219. En relación a la grafía del Codex S todos los autores están de acuerdo en que ha de ser en *ductus longobardus*, confusiones de unas letras por otras, por ejemplo, *a* con *t*, *d* con *al*, *us* con *et*, (confusiones apreciadas por IAFFE según cita MOMMSEN en Praefatio LXV, nota 2), avalan esta proposición. JUAN MIQUEL en el trabajo citado en esta misma nota nos explica muy concretamente la datación y la probabilidad de que este Codex S se hubiera escrito en la Abadía de Montecassino. En cambio, las opiniones de los autores son más encontradas en relación a si el Codex S tenía o no las Constituciones Introdutorias, el Índice de Títulos, y el Índice de Juristas con las obras de cada uno de ellos recogidas en el Digesto. La circunstancia de que el Manuscrito del *Digestum vetus*, París 4454, aunque descolocado, tenga el índice completo de títulos del Digesto, es un indicio de que este índice debía encontrarse también en el Codex S, el que en el Codex Justiniano 1,17 se encuentran las Constituciones OMNEM y TANTA, permite pensar que el Codex S no pudiera tenerlas por la facilidad de encontrarlas en otra obra justiniana. En cambio no existe ningún indicio para decidir si la Constitución DEDOKEN y el índice de Juristas con sus obras, se encontraban o no en S.

³⁷⁰ Vid. fotocopias de microfilme de algunos de los manuscritos citados, que contienen la trasposición del libro 39, título 1. Vid, también el gráfico que se acompaña, en el que si bien no puede hacerse patente la hipótesis del manuscrito propuesto, por dificultad de compaginación, sí se hacen evidentes las tres unidades de la trasposición.

Man. Edimburgo 154 (fol. a)
Trasposició libro 39

Ulpianus in D. de pupillis quibus t. 7. tit. l. xii.
Dij. si in pupillo nec opus noui nunciatio...

conspurgare. opus noui nunciatioe metum p.
habet. ad publicas causas & facit ad iudicium...

1. pupilla
2. in pupilla

- (1) D. 39, 1, 5, 16 (plures sint necessariae, et alii)
(2) D. 39, 1, 9
(3) D. 39, 1, 10
(4) D. 39, 1, 11

habet ad iudicium...

TRASPOSICION CORRESPONDIENTE AL LIBRO 39 DEL DIGESTO, TITULO 1

Grupo a

M. Edimburgo 154
M. Cambridge GC
M. Seo d'Urgell
M. Berlín Lat. fol.

Grupo b

M. Bamberg Jur. 18
M. Brugge 375

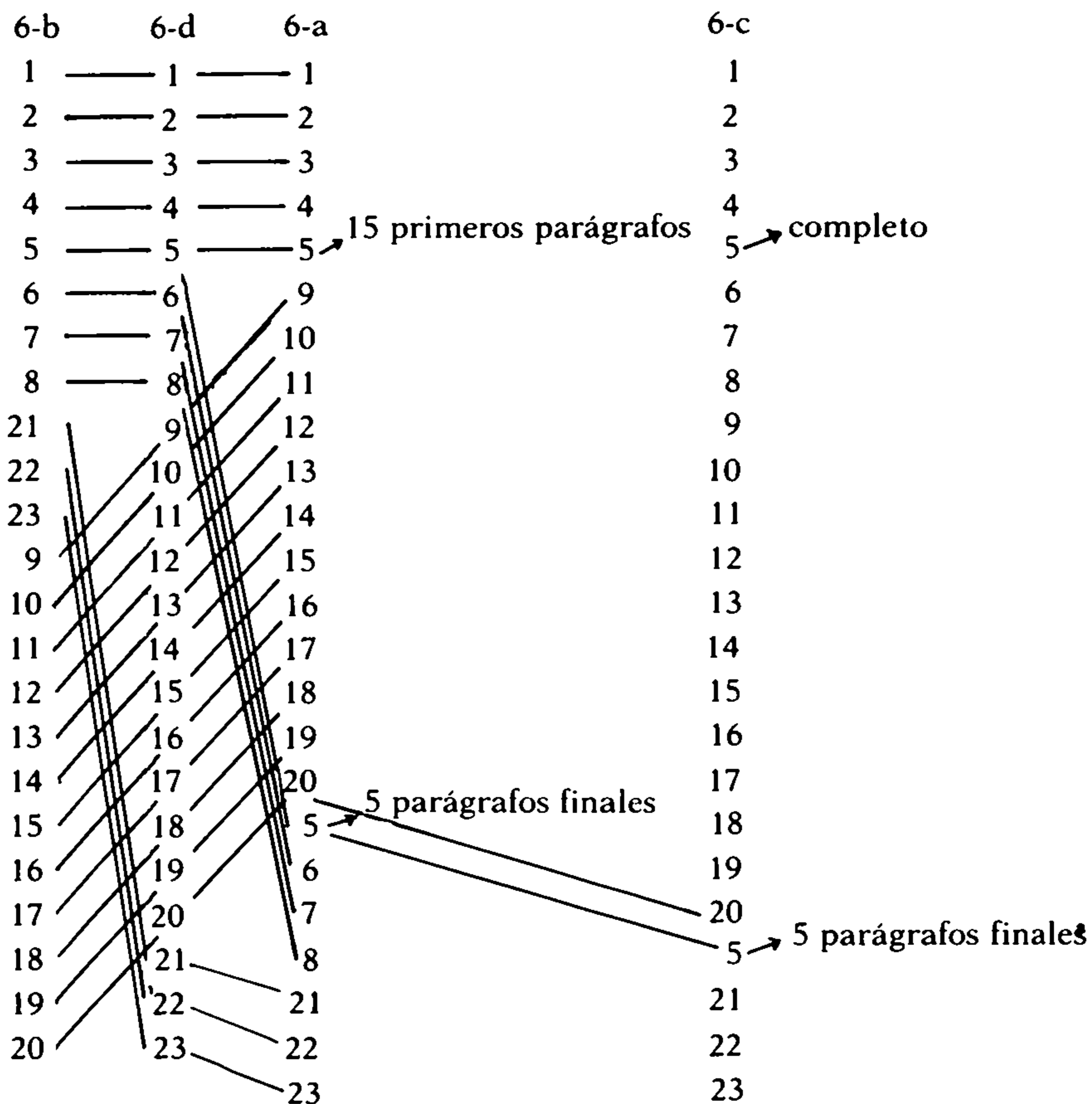
Grupo c

Ivrea 63
Vaticano 754
Torino E.1.12

Grupo d

M. Florentino
M. Wien ONB 2252
M. Bamberg Jur. 17
M. Assisi 217
M. Vat. Pal. lat. 753
M. Basel C.1.7

Fragmentos:



PUNTUALIZACION EN TORNO AL SIGNIFICADO DE LA EXPRESION «TEXTO JUSTINIANO»

En este apartado queremos evidenciar que el propio Manuscrito Florentino es portador de variantes que no son fruto de errores de copia, sino que responden a un ánimo reconstitutivo del Digesto, desde la Cancillería de Justiniano. El Manuscrito Florentino, como testimonio cercano a la constitución de la obra —tanto por su origen oriental como por su datación—, refleja correcciones cuya autoría ha de localizarse en la Comisión responsable de la misma.

Por supuesto este punto está absolutamente conectado con el tema de la *Variante de autor*, ampliamente desarrollado por los estudiosos de la Crítica Textual. Como es sabido esta figura preconiza que en cualquier tradición manuscrita pueden encontrarse variantes en el texto, surgidas todas ellas del ingenio del propio autor. La doctrina tradicional llega incluso a dividir estas variantes en dos grandes grupos: un grupo de variantes de autor se deben a la censura, entendida en el sentido de que el propio autor sea consciente de que, expresiones vertidas en su obra pueden afectar concepciones políticas, religiosas o de cualquier otro tipo, y por ello las modifique; otro grupo de variantes tiene su origen en modificaciones estilísticas del propio autor. En cualquier caso todas estas variantes son igualmente auténticas, y suponen un reto para el editor decidir cuál de ellas es la más apropiada. No obstante, todos los autores conciden que es la *ultima ratio* de la crítica textual, pues en muchos casos lo que puede parecer una Variante de Autor no es más que una feliz conjetura. Pasquali en una frase que encierra el contenido profundo de la variante de Autor, dice que la distinción entre escritos publicados y no publicados, ha sido durante mucho tiempo, gradual; solo la imprenta la ha convertido en absoluta ³⁷¹.

En la tradición manuscrita del Digesto, la Variante de Autor tiene un especial significado. La compleja problemática de constitución de la obra, explica que la frecuencia de la institución co-

³⁷¹ Sobre la variante de autor, vid. Giorgio PASQUALI, *Storia della tradizione e critica del testo*, 2.ª ed. Florencia, 1970, p. XIX, punto 12 del decálogo. *di dodici*

mentada sea mucho más importante que en la tradición manuscrita de una obra literaria, por ejemplo. Al principio de este trabajo, el tema ya ha quedado planteado (Vid. 1.3.2.); hemos dicho que los autores, a excepción de Juan Miquel, no habían acertado a dar al tema una formulación definitiva. Mommsen al proponer ese **segundo arquetipo** que habría corregido directamente a S con variantes auténticas, inexistentes en F, estaba insinuando la problemática comentada en este apartado. La concreta en el mismo Praefatio: *Libri Florentini interpolatio scholastica*, en donde dice que en 600 lugares del aparato de su edición se reflejan estas interpolaciones³⁷². La aportación de Juan Miquel representa el desarrollo definitivo de la idea.

Al objeto de este apartado traemos aquí a colación tres tipos de variantes distintas:

1) Variantes en el propio Manuscrito Florentino. Estas variantes son las que permanecen después de una previa selección entre variantes en el Manuscrito Florentino que son producto de la labor del corrector, porque el copista sufrió errores como homeoteutos, trivializaciones, transposiciones, etc. y variantes

articoli; Alberto BLECUA, *Manual de la crítica textual*, Editorial Castalia, Madrid, 1983, pp 117 a 122, para la problemática en la crítica textual del Digesto, vid SCIALOIA, en una comunicación presentada en el Congresso Internazionale di Scienze Storiche, Roma 1903, publicado en sus *Studi Giuridici*, vol II, p 212, Juan MIQUEL, en «Mechanische Fehler in der Überlieferung der Digesten», SZ, 1962, pp 263 a 267

Reproducimos algunos ejemplos citados por PASQUALI en la obra citada, paradigmáticos en este punto. CICERÓN fue avisado por su amigo Bruto, de que L. Corfidio ya estaba muerto en el tiempo en que se desarrolló el proceso escrito en la Ligariana (*Epistulae ad atticum* 13); ello comportó que en aquellos ejemplares a los que aún tuvo acceso el Autor, se excluyó el nombre del fallecido (p 398) En el Edicto de Milán, del año 313, por el que se tolera la Religión Católica, el nombre de Licinio (entonces Emperador de Oriente), se encuentra citado al lado del Emperador Constantino. En el año 323, Constantino ordenó matar a Licinio. Sin duda, esta razón es la que explica que el historiador eclesiástico Eusebio hiciera una *damnatio memoriae* de Licinio, pues el nombre de este personaje está preterido completamente por Eusebio (p 408)

³⁷² Praefatio LXVIII y LVIII, LVIII, LX, Juan MIQUEL citando a HUSCHE en *Zur Pandektenkritik* (1875), como principal inspirador de la idea, Fritz SCHULZ, en *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, p 12 con notas, hace una espléndida síntesis del *status quaestionis*

que, en nuestra opinión, son el resultado de un toque compilatorio. Las comentadas lógicamente son las últimas.

2) Otro tipo de variantes en el Manuscrito Florentino, muy particulares, y que, por ello, merecen tratamiento diferenciado.

3) Variantes entre el Manuscrito Florentino y las Basílicas, que se caracterizan por encontrarse al final de un título.

Somos conscientes de que con ello no agotamos todas las posibilidades, al contrario; si la Variante de Autor adquiere una especial significación en la recuperación del texto Justiniano del Digesto, es, precisamente, porque permite recuperar lecciones de los manuscritos Boloñeses que no están en F; y ello partiendo de la hipótesis de que F sea el antecedente de los Boloñeses, a través de un testimonio intermedio, S; éste y aquéllos habrían incorporado variantes de un ejemplar, «segundo arquetipo» —denominación de Mommsen—, «a» —denominación de Juan Miquel—, que responderían mejor al texto genuino del Emperador Justiniano. Aun así, aquí no se relacionarán variantes entre F y los Boloñeses que en nuestra opinión son producto de un retoque compilatorio en el siglo VI; la razón es que ya han sido analizadas supra, en su lugar correspondiente, y ahí ya se ha expuesto nuestro diagnóstico. En definitiva, este último apartado del trabajo tiene como única finalidad aportar pruebas concretas que aconsejen adoptar la institución de la Variante de Autor con generosidad, para la crítica textual del Digesto.

Variantes en el propio Manuscrito Florentino

1. *Decem Milia*.

Variantes en F en las que el primer copista ha transcrito *decem milia*, *quinque milia*, o cualquier otro número cardinal (*decem* es el más frecuente) y una mano posterior ha tachado *milia*.

La versión griega de todas estas variantes coincide con la de la mano correctora de F; F¹; exactamente ΔεΚα ΝοΜίςΜατα³⁷³.

³⁷³ Tener en cuenta también que ΝοΜίςΜατα se traduce al latín por *nummos*, y esta palabra en latín tiene dos acepciones. una, en general, que se refiere

Mommsen recoge los siguientes lugares del Digesto en donde se encuentra la variante ³⁷⁴.

D. 3,3,38, (91.2).....	decem milia.
D. 7,5,8, (240.9).....	quindecim milium.
D. 9,2,55, (293.23).....	decem milium.
D. 16,2,22 (469.1).....	decem milia.
D. 16,3,22, (475.40).....	decem milia; quina milia.
D. 17,2,71 (510.34).....	viginti milia.
D. 24,3,49,pr. (727.9).....	decem milia.
D. 28,7,85, (862.18).....	decem milia.
D. 32,38,6, (paginación del 2.º vol. 83.19).....	duo milia; duo milia.
D. 33,4,12, (118.29).....	decem milia.
D. 45,1,67, (660.12).....	decem milia.
D. 45.1,85,4, (664.11).....	decem milia.
D. 46,1,49,1, (693.26).....	quinque milia.

Juan Miquel ³⁷⁵ recoge un ejemplo a añadir a los citados por Mommsen. Este ejemplo es extraordinariamente interesante pues la lección del Fragmento Neapolitano coincide con la de F¹. Es D. 10,3,25, (329.10) *quinque milia*. Nosotros podemos añadir:

D. 9,2,55, (293.20)..... decem milium³⁷⁶.

a moneda de uso corriente, es decir, sin especificar; y otra, concreta, que debe traducirse por sextercios. En relación a cuestiones de monedas y valores monetarios en la Historia de Roma, puede consultarse una obra de espléndida edición, *Die Romische Munze*, J. P. C. KENT y otros, Himmer Verlag Munchen, 1973. Para este punto, también es interesante consultar el fragmento de Gayo en D. 50,16,232.

³⁷⁴ Praefatio LX, nota 2.

³⁷⁵ Vid. «Mechanische Fehler...», *op. cit.*, p. 263, nota 71.

³⁷⁶ Robert RÖHLE cita esta variante de F en dos ocasiones. Vid. «Digestorum Editio Maior und Theodor Mommsen», *BIDR*, 73 (1970), p. 26, resaltando que MOMMSEN no señala en aparato crítico el primer *decem milium* y que BRENNMANN sí lo hace. En su obra *Iulius Paulus, Gelehrte Untersuchungen einzelner Rechtsfragen* ..., publicada por el propio autor, Kassel, 1977. (Nosotros sólo hemos podido consultar la recensión que hace Christoph KRAMPE en *SZ*, 1977, pp. 424 a 429). En este trabajo, RÖHLE vuelve a citar el caso corrigiendo el texto de la edición de MOMMSEN. Vid. también el caso citado por G. C. J. VAN DEN BERGH y B. H. STOLTE jr en su trabajo «The unfinished Digest Edition of Henri Brenkmann (1681-1736)», publicado en *TR*, XLV, 1977, p. 234, nota 34.

D. 32,54, (paginación del 2.º vol. 89.30 y 31).....	quina <i>milia</i> ; quina quoque <i>milia</i> .
D. 46,3,73, (713.23 y 24).....	decem <i>milia</i> ; decem <i>milia</i> .
D. 49,15,12,11, (888.40).....	decem <i>milia</i> .

Mommsen en el Praefatio indica que la causa de la variante se encuentra en el propio Justiniano. Efectivamente, en Instituciones 3.7.3 el emperador menciona haber ordenado convertir las cantidades expresadas en la Ley Papia Poppaea del s. 9 d.C., el mandato dice «*ut pro mille sestertiis unus aureus computetur*». Se puede comprobar que la orden de Justiniano fue seguida en la Cancillería, pues en el 2.º Codex (6.4.4.9a y 10) incluso en Básicas 49.1.28, las cantidades a partir de las que varía la sucesión del liberto por su patrono, están expresadas en aureos ³⁷⁷.

2. D. 2,13,12 (62.12). El Manuscrito Florentino omite esta lex en su primera transcripción. Una mano correctora la añade marginalmente. No se aprecia posibilidad objetiva de error mecánico que explique la caída de la lex.

La inscripción de la lex es *Callistratus libro primo edicti monitorii*.

3. D. 24,3,22,1 (721.11). Una mano posterior ha tachado en F una secuencia transcrita por el copista. La secuencia tiene 35 letras, y sentido por sí misma. la secuencia es *quod ita verum est si perditurae solvatur*. Dos puntos resultan de importancia en esta variante, la palabra inmediatamente anterior a la secuencia también es *solvatur*, lo que hace pensar que en el manuscrito del corrector la secuencia hubiera podido caer por homeoteleuto; por otro lado, las palabras inmediatamente posteriores a la secuencia son *ceterum si non perditurae* expresión condicional negativa

³⁷⁷ Es necesario tener en cuenta también que en latín clásico, para expresar números cardinales en cantidades superiores a 1 000, 10.000, 100.000, etc., se utiliza el sustantivo plural neutro, *sestertia*, o el adverbio *decies*, *tricies*, *vicies*, añadiendo el sustantivo *sestertium*, y suprimiendo los vocablos expresivos de mil o múltiples. Por ello, también debe conectarse la decisión de Justiniano con su afán clasicista.

que no tendría sentido a no ser que se quisiera oponer a una condicional positiva: *si perditurae solvatur*. Los testimonios del texto de la Vulgata cotejados por Mommsen coinciden con F², es decir, no tienen la oración.

La razón de la tachadura en el Manuscrito Florentino resulta difícil de entender, a no ser que se dé por buena la posibilidad apuntada más arriba, es decir, que en este punto el testimonio del corrector fuera peor que el testimonio a corregir. En este caso la variante no serviría para el objeto de este apartado. Nosotros nos inclinamos más bien por la hipótesis del retoque compilatorio.

4. D. 24,3,22,9 (722.13 a 15). (El mismo fragmento que la variante anterior, pero parágrafo 9). Una mano posterior ha tachado en el Manuscrito Florentino una larga secuencia: *Item pater furiosae utiliter intendere sibi filiaeve suae reddi dotem potest: quamvis enim furiosa nuntium mittere non possit, patrem tamem eius posse certum est*. La secuencia, al igual que la comentada anteriormente, tiene pleno sentido por sí misma. En la versión griega no se encuentra la secuencia; sólo hay una referencia negativa en un Escolio del Anónimo a la Novela 150. ¿Cuál es la razón de que en F se encuentre tachado por una mano correctora? Desde nuestro punto de vista, y precisamente apoyándonos en el hecho de que un mismo fragmento de Ulpiano del libro 33 ad edictum, tenga en F dos variantes tan insólitas, la explicación ha de ir a buscarse en un retoque compilatorio posterior al nacimiento de la obra.

5. D. 24,3,56 (728.3). En el Manuscrito Florentino la secuencia *vel ancilla effecta*, está tachada por una mano posterior. Mommsen sitúa el origen de esta modificación en la comisión compiladora, y precisamente a causa de lo dispuesto en la Novela de Justiniano 22 c. 8³⁷⁸. La secuencia está también omitida por los intérpretes griegos.

6. D. 28,3,6,5 (828.4). En F la lección del copista es *ad actum gerendum pretiumve participandum*; una mano posterior tacha *actum* por *gerendum*. No hay razón que explique un añadido del co-

³⁷⁸ Vid. *Praefatio* LX, en donde MOMMSEN dice que este caso es similar a D. 23, 3, 68 (682.30).

pista por error mecánico, pues no hay palabras anteriores o posteriores que le hayan podido llevar a la confusión.

7. D. 29,1,26 y D. 29,1,43 (871.32 y 874.44), en ambos lugares una mano posterior a la del copista ha añadido *peculio* detrás de la palabra *castrensi*³⁷⁹. El primero es un fragmento del Jurista *Macer, libro secundo militarium*; el segundo es un fragmento de *Papiniano libro sexto responsorum*. La corrección de F en dos lugares distintos de un mismo título denota un ánimo de la Comisión Compilatoria de precisar que «lo castrense» a que se referían los citados juristas, era el *peculio*. Es más, el adjetivo «castrense» no se encuentra a lo largo de todo el Digesto, sin sustantivo al que calificar; *bona castrensi, servus castrensi, res castrensi y castrensi peculio*. Esta última denominación además, es la rúbrica del título 17 del libro 49 del Digesto.

8. D. 29,3,2,6 (889.30). En el Manuscrito Florentino la secuencia *namque etiam inspectio materiam falso fabricando instruere potest* se encuentra tachada del lugar donde la había colocado el copista, y llevada al margen con un signo diacrítico que indica que debe colocarse unas palabras antes. Por supuesto esta operación correctora es de distinta mano que la del copista.

No puede explicarse la razón de que el copista de *ne quid falsi fiat* haya saltado hasta *utrum autem*, dejando en medio una secuencia de 53 letras; 57 letras después, interrumpe el discurso del fragmento y transcribe la oración que anteriormente había omitido.

Desde nuestro punto de vista, el hecho de que la secuencia tenga sentido por sí misma es determinante al objeto de este apartado. La descolocación de la frase en F, de primera mano, sólo puede explicarse si se acepta que la frase, en el modelo del copista de F, se encontraba al margen; el copista, a causa de una errónea interpretación de los signos diacríticos la introdujo mal en el texto, y de ahí la corrección en F de una mano posterior. Ahora bien, dado que no existe ninguna razón aparente que explique la caída de la secuencia en el modelo de F por error mecánico, nos inclinamos a pensar que la introducción de la frase es fruto de un

³⁷⁹ Vid. *Praefatio LX*.

retoque compilatorio. La tradición griega coincide con F² en este punto.

9. D. 32,50,4 (88.24). En el Manuscrito Florentino una mano posterior a la del copista ha encerrado entre comillas la frase «*cum suae aetatis fuerit factus*», y ha añadido *vel legitimae aetatis*³⁸⁰. Las Basílicas coinciden con la lección de F¹, es decir, no tiene el añadido.

El añadido consiste en una precisión jurídica de lo dicho en el mismo fragmento, sin que represente una aportación para el mismo. Se hace difícil diagnosticar el origen de *vel legitimae aetatis*, pero teniendo en cuenta las severas prohibiciones de Justiniano relativas a glosas, comentarios, incluso abreviaturas, resulta improbable que un copista conjeturara con esta precisión.

Es más, el fragmento juega con el sentido de las palabras *tutelam suam pervenerit*, por si deben interpretarse como llegada a la pubertad, llegada a los veinticinco años o desprenderse de la potestad paterna; Ulpiano propone la interpretación de Sabino —que es una interpretación amplia y siempre teniendo en cuenta la situación concreta de la persona beneficiada por la disposición—. En el parágrafo 4, que es el que nos interesa, compara la ambigüedad de la cláusula *tutelam suam pervenerit* con la de *sui iuris fuerit factus*. Propone también una interpretación extensiva al decir que puede referirse a la salida de la patria potestad, o a la pubertad, o a la llegada a los veinticinco años.

Lo más probable es que la precisión se originara en la Comisión Compilatoria, en un momento posterior al nacimiento de la obra; ello diera lugar a una variante que se dispersó en los testimonios, marginalmente.

10. D. 32,93,pr. (97.29). En el Manuscrito Florentino se encuentra añadido marginalmente todo el parágrafo primero, del fragmento; es decir, desde *Lucius Titius* hasta *preceptum est*. (aprox. 350 letras). La causa de la caída de esta larga secuencia

³⁸⁰ El entrecomillado no debe tener excesiva importancia; de hecho, en el mismo texto y muy próximo al entrecomillado que se comenta, hay dos oraciones más, iniciadas con la palabra *cum*, que también se encuentran entrecomilladas. En el añadido coinciden todos los testimonios del texto de la Vulgata cotejados, D, E, I, C, K, citados por MOMMSEN y Q y Patetta 217 cotejados por nosotros a través de microfilmes.

en la primera transcripción no se aprecia externamente. Basílicas 44,3,88 reproduce la misma problemática que en el párrafo caído. El fragmento 38 del mismo libro del Digesto, en su párrafo 4 coincide plenamente en la problemática planteada con el párrafo que ahora nos ocupa, incluso la coincidencia es bastante literal. Varía el nombre de los sujetos —en uno son Lucio Ticio y Iulia y en el otro son Iulio Agrippa y Iulia Domma—; el fragmento 93 tiene la inscripción *Scaevola libro tertio responsorum*, y el 38 *Scaevola libro nono decimo digestorum*.

Para Mommsen este es un claro ejemplo de omisión del copista de F³⁸¹. Para Schulz sin embargo, el modelo del copista de F era el portador de la omisión³⁸².

Nosotros proponemos la hipótesis de que el añadido de F en el fragmento 93, sea fruto de un retoque compilatorio más que de una omisión de copista por error mecánico. La fundamentación de la hipótesis es la siguiente:

a) No hay una razón convincente que explique una omisión de copista por error mecánico, que tenga la extensión de la que comentamos.

b) Los dos fragmentos con párrafos geminados (93 y 38) pertenecen a distintas masas (Papiniana y Apéndice respectivamente); ello permite sospechar que los compiladores hayan intervenido uno o ambos fragmentos de manera intensa, descolocando unidades de sentido.

En cualquier caso, la geminación está dentro del círculo de causas de la variante.

c) El Manuscrito Florentino, en el párrafo geminado del fragmento 38 inicia una nueva *lex*, —sin inscripción—. También en este párrafo, el copista de F sufre una omisión de 57 letras.

11. D. 34,1,18,3 (147.3). Una segunda mano del Manuscrito Florentino añade *in singulis* a la palabra *quantum*. El añadido no está en los griegos. El origen de este añadido, al igual que el de D. 34,2,6,pr. (149.4) —éste citado por Mommsen³⁸³— son producto, en nuestra opinión, de un retoque compilatorio.

12. Título 2, libro 35, *ad legem falcidiam*, en los fragmen-

³⁸¹ *Praefatio* LVI.

³⁸² SCHULZ, «Einführung in das..», *op. cit.*, p. 2.

³⁸³ *Praefatio* LX

tos 50 y 91 (respectivamente 211.37 y 220.30), una mano distinta de la del copista ha puesto en margen dos extensos añadidos.

En relación al primero de los dos añadidos, Pescani diagnostica una laguna del modelo de F¹ «muy antigua», basándose para ello en que en un esolio de Basílicas, el 41,1,50, ya advierte que el tema correspondiente a capítulo 51, no está en muchos ejemplares³⁸⁴. Para Juan Miquel el añadido manifiesta un retoque «científico» en el siglo VI³⁸⁵.

El primer añadido de F resulta especialmente particular, pues el copista de F, después de transcribir la inscripción del fragmento 50, *Celsus libro quarto decimo digestorum*, pasa a transcribir el último párrafo del fragmento 52. El fragmento 53, a causa de haberse saltado los dos fragmentos intermedios, queda atribuido a Celso, pero con la palabra *idem* y el resto de la inscripción correcto. Decimos que es especialmente particular, pues no encontramos la razón de una omisión tan extensa, que no puede explicarse por salto de una inscripción similar a otra, pues el copista salta desde el final de una inscripción a la mitad de dos fragmentos posteriores. Tampoco hay palabras similares que puedan haber llevado a la confusión mecánica. Más bien hay que pensar que la incorrección tiene un origen distinto de lo que puede ser un error mecánico. El error se debió originar en el proceso compilatorio; los compiladores percibieron la anomalía y la corrigieron en los testimonios a su alcance; a los demás llegó por cotejo. Desde luego el modelo de F ya era portador de la omisión. El que en las Basílicas, el Anónimo y Cirilo se encuentre, no es óbice para continuar sosteniendo esta opinión.

El segundo de los añadidos afecta al fragmento 91, del título 2, libro 35. La mano correctora de F coloca el añadido detrás de las palabras *ut divuus Pius constituit*. El añadido tiene el siguiente texto: *sed et quod implendae condicionis causa fideicommissum heredi datur in eadem causa esse admittendum sciendum est*.

Mommsen ha recogido el añadido en el aparato crítico, pero

³⁸⁴ Vid. *Novissimo Digesto Italiano*, vol 7º, p 441 final

³⁸⁵ Vid. «Mechanische Fehler . », *op. cit*, p 264.

no lo ha aceptado en el texto de su edición, por no encontrarse en las fuentes griegas.

Para nosotros, la unidad de sentido del añadido, al igual que en el añadido comentado anteriormente, resulta determinante. Un examen del contenido del fragmento 91 manifiesta, que el comentario de Marciano explica qué partes de la herencia han de quedar afectadas por la cuarta Falcidia, y qué partes no; de ahí que el fragmento vaya contraponiendo diversas situaciones. Ello lo hace mediante las partículas *nam haec, sed in, pro ea, sed et, si quid, et ideo*. Es decir, la serie de puntualizaciones no dependen unas de las otras para dar sentido al fragmento, sino que son intercambiables y excluibles. En el Manuscrito Florentino, el fragmento de Marciano en su primera transcripción, tiene sólo una referencia a la herencia fideicomisaria, introducida con las palabras *sed id*. La versión de las Basílicas (41,1,90) y el escolio de Cyrilo olvidan completamente esa referencia. El añadido del corrector de F también hace referencia a la herencia fideicomisaria, introducida con las palabras *sed et*. Nos parece más probable que el origen del añadido se encuentre en una decisión de la Comisión Compiladora, posterior al nacimiento de los primeros ejemplares, y que el añadido se encontrara en algunos ejemplares y en otros no. Posiblemente llegó a la Florentina a través del modelo del corrector, en el que debía encontrarse marginalmente, porque también le había llegado por cotejo con otros ejemplares.

13. D. 44,7,58 y 59 (648.19). Puede apreciarse en el Manuscrito Florentino, una mano distinta de la del copista ha añadido todo un fragmento entre el fragmento de *Callistratus libro primo edicti monitorii* y el de *Ulpiano libro septimo decimo ad edictum*. El fragmento añadido corresponde al jurista *Licinnius Rufinus* y es del libro *octavo regularum*.

En las Basílicas 52,1,57 y 58 se reproducen los fragmentos de Calistrato y Licino Rufino casi literalmente; ahora bien, la colocación de los fragmentos difiere de la de F²; primero se encuentra el de Licino Rufino y después el de Calistrato.

Mommsen en la edición, coloca los fragmentos según el orden de Basílicas, y no el de F², y en aparato crítico, apoyándose en la colocación en otro lugar del Digesto, de dos fragmentos seguidos

que corresponden a estos juristas (y a la misma masa añadimos nosotros)³⁸⁶, prefiere la colocación de *Basílicas* que la de *F*².

Para nosotros el añadido del corrector de *F* y la colocación inversa de *Basílicas*, tiene un mismo origen, es decir, manifiestan inconscientemente que en uno de sus respectivos testimonios antepasados, la situación en este punto era anormal. Posiblemente el fragmento, a causa de un retoque de la propia Comisión Compilatoria, que no afectó a todos los ejemplares sino a algunos, se encontraba añadido marginalmente en unos ejemplares y en otros no. Es más probable que una variante en el Manuscrito Florentino coincidente con una trasposición de *lex* en las *Basílicas*, tengan un común origen que no sea fruto de la casualidad.

14. D. 45,1, entre fragmentos 47 y 48 (657.20)

D. 45,1, entre fragmentos 122 y 123 (671.35)

En estos lugares del Digesto, en el Manuscrito Florentino, se encuentra, de primera mano, una reiteración de la rúbrica del título: *de verborum obligationibus*; entre los fragmentos 47 y 48, la mención a la rúbrica va precedida de *TO β TOY*. Puede observarse, que la reiteración de la rúbrica va encerrada entre el signo característico de rúbrica, *R*. Una mano posterior ha tachado estas menciones.

No imaginamos cuál puede ser el origen de esta anomalía. Lo que es evidente es que no tiene sentido atribuirlo a un error de copista. En cualquier caso es necesario retrotraerse al momento de elaboración de uno de los primeros ejemplares. Unos de los ejemplares tendrían el error, en otros se habría llegado a tiempo a corregirlo.

15. D. 46,3,35 (707.29). Una mano posterior a la del copista de *F*, añade *eos* detrás de las palabras *voluntate domini*. Este añadido comporta una precisión importante para el entendimiento del fragmento. Parece más probable que la variante *domini eos* se encuentre en un testimonio corregido en la Cancillería, que no que el copista de *F*, por error, omitiera tres letras de su modelo.

Mommsen corrige el texto de *F*, primera mano, en cuanto al verbo conjugado, *contraherent*, convirtiéndolo en singular, *contraheret*. Parece mejor respetar el verbo en plural y aceptar la mo-

³⁸⁶ Vid. D 31, fragmentos 62 y 63.

dificación de F², pues *eos*, en este caso, es el sujeto de los dos infinitivos, *accipere* y *solvere*, y a su vez, el antecedente del relativo *qui*.

VARIANTES EN EL PROPIO MANUSCRITO FLORENTINO DE CARACTER PARTICULAR

Hemos anunciado al principio de este apartado que en segundo lugar agruparíamos una serie de variantes, de las que es portador el Manuscrito Florentino, que tienen un carácter particular.

La primera de estas variantes se encuentra en el final del título 3.º del libro 22, (649.5). En el Manuscrito Florentino se encuentran, de primera mano, dos fragmentos, con la inscripción incompleta, cuyo contenido se ajusta a la rúbrica del título que corresponde; *de Probationibus et Praesumptionibus*. La primera inscripción tiene un espacio vacío para poner el nombre del jurista, seguidamente *libro secundo* sin especificar más. El propio copista o una mano correctora ha tachado estos dos fragmentos, que, por otro lado, no se encuentran en las *Basílicas* ni en los comentarios de escoliastas. Mommsen aduciendo esta última razón y el que las inscripciones muestran un uso extraño a los compiladores, rechaza estos fragmentos para el texto de su edición.

Para Pescani resulta evidente que estas dos *leges* se encontraban en el modelo del copista de F, pero no en el del corrector³⁸⁷.

Para Juan Miquel esto es un claro ejemplo de retoque en el s. VI³⁸⁸.

O. Lenel recoge estos dos fragmentos en los libros 1.º y 2.º respectivamente, de los *Libri Responsorum* de Ulpiano³⁸⁹.

Nosotros, sumándonos a la opinión de Juan Miquel, consideramos esta variante como una manifestación evidente de la in-

³⁸⁷ Vid. *Novissimo Digesto Italiano*, vol 7º, p 411, 2ª columna. Resaltamos que PESCANI habla aquí de «original» de la Florentina, contraponiéndolo a «original» de F². Nosotros hemos interpretado modelo

³⁸⁸ Vid. *Mechanische Fehler..*, p. 264.

³⁸⁹ Vid *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. II, cols 1016 y 1018, fragmentos 2392 y 2409. No obstante, los ha recogido en el último apartado de su obra, *alia fragmenta incerta*, vol. II, 1232. En las notas que acompaña a los fragmentos dice: .. *Mommsenus haec, cum nec apud Graecos inventiantur, in digesta non recepit: sed genuinum hoc esse Ulpiani responsum maxime verisimile est.*

tervención de la Comisión Compilatoria, una vez los primeros ejemplares del Digesto ya se habían completado.

Otras variantes muy interesantes se encuentran entre el *Index Titulorum* del Manuscrito Florentino, y las Rúbricas en el lugar correspondiente del texto, en dicho manuscrito.

Para el libro 41 el *Index Titulorum* tiene 11 títulos, mientras que en el desarrollo del libro 41 en texto, solo se encuentran 10 títulos. La rúbrica de este título del *Index* es *Communia de accessionibus possessionum*, que sería perfectamente concordante con la temática de todo el libro 41. Para nosotros la deducción más importante de esta variante es la evidencia del titubeo de la Comisión Compilatoria, al prever un libro compuesto de 11 títulos, y decidir posteriormente, en virtud de circunstancia desconocida, la exclusión del último título. No es casualidad que el título excluido sea el que constara el último en el *Index*³⁹⁰.

La rúbrica del título 10, libro 43, está omitida en el *Index Titulorum* del Manuscrito Florentino. La rúbrica es *De via publica et si quid in ea factum esse dicatur*, y el título consta de un solo texto del único libro $\delta\text{ITINOMI}\chi\text{O}\varsigma$ de Papiano. En este caso no debe descartarse que la omisión del *Index Titulorum* se deba a un error mecánico del copista de F, no percibido por el corrector, dado que la rúbrica del título siguiente se inicia con las mismas palabras: *De via publica et*. De todas maneras, la incongruencia del *Index Titulorum* y el desarrollo del texto puede ser también una muestra del cambio de opinión de la Comisión Compilatoria.

En el *Index Titulorum* de F para el libro 48 y con los números 4 y 5 (Δ y ϵ) se encuentran las Rúbricas de los títulos correspondientes: *Ad legem Iuliam de Adulteriis coercendis* y *Ad legem Iuliam maiestatis*, respectivamente. En el desarrollo del libro 48 estos títulos están traspuestos; al título 4.º le corresponde la Rúbrica *Ad legem Iuliam Maiestatis*, y los fragmentos que componen el título son concordantes con la Rúbrica, y al título 5.º le corres-

³⁹⁰ No creemos que esta variante pueda estar conectada, ni directa ni indirectamente, con la que hemos comentado en este trabajo, III.3.b), variante 8, esta variante se refiere a la introducción, en todos los testimonios del texto de la *Vulgata*, y en F por una mano muy posterior, de una nueva Rúbrica, inexistente en el *Index Titulorum, pro soluto*

ponde la Rúbrica *Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*, cuyos fragmentos también se corresponden con la Rúbrica. Como en el caso anterior, es probable que la inversión del *Index* se deba a un error del copista de F, pero también puede haberse causado por un cambio de opinión en la Comisión Compilatoria.

VARIANTES ENTRE EL MANUSCRITO FLORENTINO Y EL TEXTO DE LOS MANUSCRITOS DE LAS BASÍLICAS

Agrupamos en este tercer y último apartado, un grupo de variantes entre el Manuscrito Florentino y las Basílicas³⁹¹, que se caracterizan por encontrarse al final de un título. Con ello creemos que se pone en evidencia que los finales de título fueron aprovechados por la Comisión Compilatoria, para tomar decisiones distintas de las de la primera concepción del material que debía componer la obra.

— En D. 19,5,26 (580,8,9,10,11,12), final título y libro, el Manuscrito Florentino omite una extensa secuencia del fragmento de Pomponio, *libro vicesimo primo ad Sabinum*, que, sin embargo, sí se encuentra en las Basílicas³⁹².

— Al final del título 1.º del libro 36 (258,28,29,30,31,32, y 33), la versión de las Basílicas añade dos fragmentos en relación a la versión del Manuscrito Florentino³⁹³.

— En el final del libro 36, el título 4.º, tiene dos fragmentos más en las Basílicas y (Τιπούχειτος) que en la versión del Manuscrito Florentino (vale nota³⁹²).

— Final del libro 46, que corresponde al final del título 8 (735.22). El último fragmento que se encuentra en las Basílicas no está en el Manuscrito Florentino (vale nota³⁹²).

³⁹¹ Insistimos en que al hablar de las Basílicas nos referimos, en todo caso, a la edición de HEIMBACH o la de SCHELTEMA. Somos conscientes de la limitación que ello representa, pues dicha edición es fruto de una previa selección de variantes entre los diversos manuscritos (ninguno de los cuales está completo)

³⁹² Friedrich EBRARD saca conclusiones de estas omisiones de F. EBRARD se fija en el hecho de que las omisiones coinciden con el final de la 3.ª, 5.ª y 7.ª PARTES, respectivamente, de la división Justiniana del Digesto (Constitución Tanta). Vid. «Digestenbande», en *L'Europa e il Diritto Romano*, vol. 1.º, p. 121, Milano, 1954

³⁹³ Este caso está citado en nota 203

— Libro 48, título 20 final (856 y 857); en el Manuscrito Florentino faltan el final del fragmento 7, 8, 9, 10 y 11 todos ellos de la masa Sabiniana (vale nota³⁹²).

— Libro 48, título 22, final (861 y 862). Los fragmentos 10 a 18, que son los que marcan el final del título, se encuentran en las Basílicas y no se encuentran en el Manuscrito Florentino.

De estas dos últimas omisiones del Manuscrito Florentino se han ocupado los autores profusamente, sobre todo, porque en este testimonio hay una mención a la laguna, con la palabra ZHTel³⁹⁴.

CONCLUSIONES

Las conclusiones del presente trabajo arrancan de un hecho harto conocido pero insuficientemente valorado: el único manuscrito que con *carácter unitario* ha transmitido el texto completo del Digesto Justiniano es el Codex Florentinus. Todos los demás manuscritos, cuyo texto constituye lo que unánimemente se llama «la Vulgata del Digesto», no ofrecen la obra en su totalidad, sino tan sólo partes de ellas: Digestum Vetus, Infortiatum, Digestum Novum. He aquí el obligado punto de partida de cualquier investigación seria sobre el tema.

Consecuentemente, el centro de gravedad de nuestro trabajo ha sido la tripartición medieval del texto de la Vulgata. Con ello no queremos decir que hasta este momento los autores hayan huido del tema de la tripartición; al contrario, se han enfrentado a él y han tomado posición frente a este hecho. Sin embargo, pen-

³⁹⁴ Sobre esta alteración hay abundante bibliografía. Vid. F. SCHULZ, «Einführung in das. », *op. cit.*, p. 4; Praefatio LV y también MOMMSEN en «Über die kritische Grundlage unseres Digestentextes», en *Juristische Schriften*, p. 124, nota 3, en donde el autor afirma que estas lagunas debían ya encontrarse en modelo de F. El mismo autor dice que en este punto contradice a ZACHARIE, que considera que el error ha de atribuirse a F, pues se encuentra al final de quaternio; Juan MIQUEL, en «Mechanische Fehler. », *op. cit.*, p. 226 y en «Caída de línea y "omissio ex homeoteleuto" como "errores coniunctivi" en el "stemma" del "Digesto"», publicado en la obra dedicada a Nuevas Técnicas de Investigación, 1.º Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado, Bellaterra, 1985, p. 23, nota 24, PESCANI, en «La posizione del R nella tradizione de la litera Bononiensis», publicado en la *Critica del Testo*, año 1971, vol. 2.º, p. 676

samos que estudiosos, incluso de la talla de un Kantorowicz, no han podido superar una inercia generalizada, que les lleva a sacar consecuencias de anomalías (errores mecánicos, fundamentalmente), con independencia de la «parte» de la tripartición del Digesto en que ésta se encuentre.

Es más, queremos insistir en que no sólo no han utilizado esas anomalías independientemente del lugar en que están situadas, sino que las correspondientes al Digestum Vetus, han sido preferidas, cuantitativamente, a las situadas en el Infortiatum o en el Digestum Novum.

En lo que atañe al estudio de variantes en el texto del Digesto transmitido, realizado en este trabajo, y sistematizado por su situación en el Digestum Vetus, en el Infortiatum o en el Digestum Novum, consideramos que, dada la extensión del Digesto y los avatares de su transmisión, el estudio de variantes debe canalizarse previamente, a partir de una selección sistemática de las mismas. Es decir, frente a una tradicional utilización entrópica de las variantes o anomalías, nosotros proponemos una utilización sistemática (consideración negentrópica).

Hemos podido constatar también, en el estudio sistemático de variantes entre el texto del Manuscrito Florentino y el texto coincidente en todos, o en muchos manuscritos de la Vulgata, que los diversos tipos de errores mecánicos no se reparten regularmente, en cada una de las partes de la tripartición del Digesto, a diferencia de lo que se podría esperar. Por ejemplo, en el Digestum Vetus hay una cantidad considerable de omisiones en el texto de la Vulgata, en relación al texto del Manuscrito Florentino —de las cuales cinco se pueden calificar indudablemente como «caída de línea» de F— y en cambio en el Infortiatum y en el Digestum Novum, esto no sucede. Aquí la mayoría de variantes son *añadidos* en el texto de los Manuscritos de la Vulgata con respecto al texto del Manuscrito Florentino. Es más, las pocas omisiones del texto de la Vulgata en el Infortiatum o en el Digestum Novum, se deben todas a homeoteleuto; ninguna puede considerarse como caída de línea de F. Carecen por tanto, de valor estemático. Una muestra más de que hay que separar la tradición manuscrita del Digestum Vetus, de la del Infortiatum o del Digestum Novum.

Hay que hacer otra constatación en nuestro estudio de variantes. Hemos analizado todos aquellos casos en que el texto de la

Vulgata resultaba más extenso que el texto correspondiente del Manuscrito Florentino. De ellos hemos excluido los que podían haberse originado a partir de palabras que constituyen una glosa; los que podían deberse a conjetura o *emendatio* del propio copista, y aquellos cuyo origen debía atribuirse a un error mecánico (p. ej. una trasposición). Lo que queda después de esta selección son mudos testigos del complejo proceso que lleva a la constitución de texto de la Vulgata. Adviértase que muchos de los añadidos no sólo son imprescindibles para el entendimiento del párrafo, sino que en ocasiones aportan además sutilezas y matizaciones propias de una jurisprudencia con cuño de autenticidad. De ahí que estos añadidos puedan haberse originado a partir de lecciones auténticas, procedentes de un manuscrito —arquetipo secundo, siguiendo a Mommsen, manuscrito «a», siguiendo a Miguel— perteneciente a una rama de la tradición del Digesto distinta de la conocida. Pero también puede haberse originado a partir de lecciones tomadas de otras compilaciones justinianas más conocidas que el Digesto, como el Codex o las Instituciones (véase p. ej. la Rúbrica *Unde Liberi*, en D. 38,6, intercalada en los manuscritos de la Vulgata, entre los primeros fragmentos del título, y cuya Rúbrica se encuentra también en Codex 6,14). Por ello consideramos que no hay que restringir el ámbito del concepto ya clásico de tradición horizontal o contaminada, puesto que es aplicable también a la tradición manuscrita de obras que no dependen de una sola rama de su tradición.

En relación al manuscrito, antecedente inmediato del texto de la Vulgata, el Codex S(ecundus), hemos analizado dos trasposiciones que se encuentran en los representantes más antiguos del texto de la Vulgata. Una trasposición, indicada por Bluhme a Schrader, está situada en el libro 23 del Digesto, y afecta a parte de sus títulos 3 y 4. La otra, percibida por nosotros en el desarrollo de este trabajo, está situada en el libro 39, afectando a su título 1.º. Adviértase que la primera de ambas trasposiciones se encuentra al final del Digestum Vetus, y la segunda al principio del Digestum Novum.

Mommsen había deducido la existencia del Codex S(ecundus) a partir de la tripartición de los Manuscritos de la Vulgata, y a partir de lecciones comunes a toda su tradición, que sin embargo divergen de sus correspondientes en el Manuscrito Florentino. El

hecho de que las dos trasposiciones citadas, se encuentran respectivamente al final del *Digestum Vetus* y al principio del *Digestum Novum*, apunta, una vez más, a que el *Codex S(ecundus)*, o un descendiente directo suyo, ha tenido carácter tripartito. Además hubo de ser el antecedente inmediato de toda la tradición de la *Vulgata*, en cada una de las partes de su división medieval.

En relación a la expresión «texto justiniano», hemos analizado lecciones diversas para un mismo texto, en el propio Manuscrito Florentino. También hemos analizado divergencias notables entre la tradición latina y la tradición griega.

La deducción que hemos podido extraer de todo ello, y sobre todo, una vez constatado que todas estas variantes habían de ser consideradas auténticas, es que la expresión «texto justiniano», no siempre ha de ser referida a una sola de las diversas lecciones que ha transmitido la tradición. En ocasiones, la «justinianeidad» debe predicarse de más de una de las lecciones transmitidas.

ENCARNACIÓ RICART MARTÍ

Facultad de Derecho Universidad de Barcelona

APÉNDICE

RELACION DE MANUSCRITOS CITADOS EN ESTE TRABAJO

No es nuestra intención relacionar aquí todos los testimonios en los que la tradición ha transmitido el texto del *Digesto Justiniano*. Esta labor ha sido magistralmente realizada por el profesor Gero Dolezalek en su *Verzeichnis der Handschriften zum römischen Recht bis 1600*, (Frankfurt am Main 1972). Nos limitamos simplemente a relacionar los citados en este trabajo, acompañando una bibliografía seleccionada.

EN EL SIGLO VI

1. *Pandectas de Florencia (La Florentina)*. Indudablemente es el mejor testimonio que nos ofrece la tradición. La grafía es en uncial, del tipo BR, y lógicamente sin separación de palabras.

El manuscrito estaba encuadernado en dos volúmenes; en el primero se encuentran el índice de Libros con sus correspondientes títulos, las

Constituciones introductorias *Deo Auctore, Omnem*; y *Tanta y Dedoken* (la misma en latín y griego), la relación de los juristas y libros de los que se han extraído los fragmentos que componen la obra, y el texto del Digesto, desde el libro 1.º, título 1.º, hasta el final del libro 29, título 7.º. En el segundo volumen se encontrará el texto del Digesto desde el principio del libro 30 hasta el final del libro 50, título 17. En la actualidad, y al objeto de su mejor conservación, se encuentra completamente descompaginado.

La fantasía ha rodeado los avatares de este testimonio a lo largo de su historia. Se dice que los Pisanos, en la Batalla de Amalfi del año 1135, se lo llevaron como botín de guerra, y que llegó a Florencia en el año 1406 como resultado de la guerra entre Florencia y Pisa en la que los primeros resultaron vencedores. En cualquier caso hay detractores de toda o parte de esta tradición, lógica si se tiene en cuenta sobre todo la categoría de este testimonio.

En 1902 el Gobierno italiano aprobó la realización de una edición fototípica de este manuscrito, que se llevó a cabo desde esta fecha hasta 1910.

— Entre 1553 y 1680 se perdió el primer folio con el principio de la Constitución *Dedoken*.

— En el folio 5 recto tiene una inscripción en griego, ilegible en las últimas letras por deterioro del Manuscrito. Hay más anotaciones de corrector escritas también en griego, entre las que destaca, por ser la más conocida, la que corrige la trasposición de los títulos 8 y 9 del libro 37. En el libro 27, título 1.º, gran parte de los fragmentos de que se compone se encuentran en escritura griega, así como otros fragmentos diseminados a lo largo de toda la obra.

— A la altura de D. 18,1,9,2, hay una glosa marginal a la palabra griega *ουσια*, *vel est substantia*. La grafía de la glosa es «cassinense» o beneventana.

— En el margen superior izquierdo del folio 472 verso, y en el último folio, se encuentran inscripciones, en grafía muy posterior a la edad del testimonio, que pueden servir como elementos en los que fundamentar el periplo seguido por el Manuscrito. La transcripción de la última inscripción es *pulchra quasi stella*. A la altura de D. 41,2,1 y de D. 41,3,46, también en el margen superior izquierdo, hay inscripciones en grafía distinta de la época del testimonio.

— En la actualidad el Manuscrito se encuentra custodiado en la Biblioteca Mediceo Laurenciana de Florencia; el material es pergamino y el formato es folio ¹.

¹ Resulta difícil sistematizar la extensa bibliografía relativa al Manuscrito Florentino. Para la bibliografía de carácter general nos permitimos reproducir la citada por el profesor Gero DOLEZALEK en *Verzeichnis.... CALASSO, Medio Evo del*

Del propio siglo VI hay otros testimonios, muy fragmentarios, y cuyo valor para reconstituir el texto del Digesto Justiniano, es bastante escaso.

— El Manuscrito *Neapolitano*, IV, 4.8 es un palimpsesto que contiene algunos fragmentos del libro 10 del Digesto; exactamente los fragmentos 3 a 16 del título 2.º; los fragmentos 23 a 29 del título 3.º y los frag-

Diritto, vol. I (Le fonti), Milano, 1954 Max CONRAT, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im fruheren Mittelalter*, Leipzig, 1891; edición anastática Aalen, 1963, pp. 628 y ss

Ernst SPANGENBERG, *Einleitung in das Romisch justinianische Rechtsbuch*, Hannover, 1817, Anastática 1970, pp 500 y ss

MOMMSEN, *Praefatio* XII a XXXX, LIII a LXII. Introductio I a III

H. KANTOROWICZ, «Über die Entstehung der Digestenvulgata Ergänzungen zu Mommsen», *SZ*, 30 (1909), pp. 4 a 28

Federico PATETTA, *Studi sulle Fonti giuridiche Medievali*, Turín, 1967 (esta publicación reúne los trabajos más importantes de este autor y es muy posterior al mismo), pp. 166 a 167.

Leopold WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Viena, 1953, pp. 96 y 97, y 591 y 592.

Juan MIQUEL, «Mechanische Fehler in der Überlieferung der Digesten Vulgata», *SZ*, 80 (1963), pp. 233 y ss.

Robert RÖHLE, «Digestorum editio Maior und Theodor Mommsen», *BIDR*, 73, p. 19 (año 1970).

E. A. LOWE, *Il Codice Veronese di Gato*, Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, Verona, 1948, publicado en el vol. 1.º, p 5, Milano, 1953.

En cuanto al periplo del Manuscrito y sus avatares han de citarse BRECKMANN en su espléndida obra *Historia Pandectarum seu fatum Exemplaris Florentino*, Trajecti ad Rhenum, 1722, especialmente capítulos V y VI del libro I, 11, SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, traducción italiana, Turín 1854 a 1857 Edición anastática, Roma, 1972, vol. 1.º, pp 515 y ss., en donde el autor confronta las opiniones de Bartolo, Odofredo, Diplovatacius y Torelli, para manifestar después su propio escepticismo en relación a la historia que rodea el manuscrito BRECKMANN, para ilustrar su *Historia Pandectarum..*, publica junto a la obra antes citada, dos Dissertaciones, una sobre la República Amalphytana, y otra *Amalphytana a Pisanis Direpta*.

El análisis paleográfico más exhaustivo del Manuscrito Florentino lo realiza BRECKMANN en la *Historia Pandectarum* citada, libros 1.º y 2.º

MOMMSEN, ayudado en este punto por KIESLING y REIFFERSCHIED, según él mismo indica, realiza también una amplia autopsia del manuscrito, en el *Praefatio a la Edición Crítica*, pp XX a XXXX

En general, para la bibliografía antigua puede verse PALAZZINI FINETTI, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel corpus Iuris justiniano*, Milano, 1953, p. 13, nota 5.

mentos 12 a 19 del título 4.º Se conserva en Nápoles, Biblioteca Nacional Vittorio Emmanuele III. El formato es folio grande ².

— El Manuscrito *Pommerfeldense*, pap. lat. 1-7, una hoja en papiro que contiene los fragmentos 35, 36, 38, 39, 41 a 43, 44 a 46, 48, 49, 72 y 73, del título 1.º del libro 45 del Digesto, *De verborum obligationibus*. Se conserva en Pommersfelden Gräflich Schonbornschen Bibliothek ³.

Para bibliografía más reciente, H. E. TROJE, *Graeca Leguntur*, Köln, 1971, pp. 9, 10 y 11 con notas.

Sobre la edición fototípica y sus pormenores, vid. SCIALOIA, *Studi*, vol. 1.º, p. 401 y vol. 2.º, p. 407

Sobre el estado actual de conservación, vid. *Le Pandette di Giustiniano, Storia e fortuna della «Littera Florentina»*, Mostra di Codici e documenti 24 giugno-31 agosto 1983, Catalogo a cura di E. Spagnesi Olschki, Firenze 1983. Veo esta cita en la reseña que hace Bernard H. STOLTE jr, en la *RHD*, 1984, pp. 417 y 418. Este autor, en la *Revista Subseciva groningana*, 1 (1984), ha publicado un trabajo muy interesante *The partes of the Digest in the Codex Florentinus*

En relación a la inscripción en grafía griega, en el folio 5 del Manuscrito, vid. *Praefatio* a la ed. de MOMMSEN LVI, en donde el editor presenta un apógrafo de la inscripción y su opinión sobre el significado de la misma. Robert RÖHLE contradice la hipótesis de MOMMSEN en su artículo publicado en *SZ*, 93 (1976), p. 311, *Die subscriptio des Index Florentinus*.

En relación a la inscripción *pulchra quasi stella*, vid. Guido MOR, *Scritti giuridici preirneriani*, vol. I, p. 88, Milán, 1935, vid. también FHURMANN, «Florentiner Digesten Handschrift», en *Festschrift Bischoff*, Stuttgart, 1975, pp. 277 a 281

² Sobre el Manuscrito Napolitano IV A 8 puede encontrarse un apógrafo completo, con un estudio introductorio, en el Vol. I de la editio maior de MOMMSEN, 1 a 10. En el *Praefatio* a la misma editio maior, XXXX

KANTOROWICZ, *Die Entstehung*, ., *op. cit*, p. 252. Vid. también Guido MOR, *Il Digesto nell'età preirneriana e la formazione della «Vulgata»*. Este trabajo se publicó en 1934 y en 1977 en los «Scritti di Storia Giuridica Altomedievale», *op. cit*, quedo incluido. Vid. p. 94, en donde habla de la relación del Manuscrito Neapolitano (en el fragmento descubierto en Bobbio, en el siglo VIII) y los testimonios del texto de la Vulgata (la paginación citada corresponde a los *Scritti*). Vid. también la referencia de Fritz SCHULZ, en *Einführung in das Studium der Digesten*. Tübingen, 1916, p. 6

Gero DOLEZALEK, en «Verzeichnis», *op. cit*, en la literatura se refiere a este testimonio, cita a Leopold WENGER, «Die Quellen», *op. cit*, p. 592. También cita a Robert RÖHLE en un trabajo publicado en 1968 en *BIDR*, 71, p. 145. El trabajo se titula *Das Berliner Institutionem und Digesten fragment Ms lat fol 269*.

³ En relación al fragmento de Pommersfeld puede consultarse la reproducción del mismo en el vol. I de la editio maior de MOMMSEN, 11 a 16, que se acompaña con un estudio introductorio. En el *Praefatio* a la misma edición XXXX puede encontrarse también una valoración del mismo. Guido MOR, en los «Scritti», *op. cit*, aporta un comentario a este fragmento, p. 87; Fritz SCHULZ, en *Einführung*, p. 5; WENGER, *Die Quellen*, ., p. 592; R. RÖHLE, *Das Berliner Institutionem*, p. 145

— El Manuscrito *Heidelbergense*, Inv. 1272, una hoja de papiro que contiene D. 5,2,17 a 19. Tiene también algunos escolios griegos ⁴.

— En un manuscrito no posterior al siglo VI, que contiene escritos de los llamados Gromaticos, puede encontrarse el título 1.º del libro 10, *Finium Regundorum* ⁵.

— Papiro *Reinach Inv. 2173*, custodiado en la actualidad en el Instituto de Papirología de la Sorbona, hoja fragmentada en dos trozos, y cuyo contenido parece se refiere a D. 19,2,54 a 57 ⁶.

— Papiro *Ryland 479*, contiene fragmentos relativos a los legados, del libro 30 del Digesto ⁷.

EN EL SIGLO IX

— Berlín Lat. fol. 269, Codex membranaceo, tipo folio, datado por Dolezalek en la primera mitad del siglo IX. Es un Codex con más de 100 folios, de contenido desordenado, pero siempre en relación con lo jurídico.

⁴ En cuanto a la bibliografía sobre el fragmento de Heidelberg, vid. Otto GRADENWITZ, *SZ*, 23 (1902), p. 458. Leopold WENGER, «Die Quellen. .», *op. cit.*, p. 592, y el trabajo del profesor A. J. BOYE, de Burdeos, «*Essai critique sur une "crux iuris" La Loi mater (D. 5,2,19) et le Papyrus de Heidelberg, 1272*». *RHD*, año 1924, p. 464.

⁵ En relación al fragmento de los Gromaticos que contiene el título *Finium regundorum*, vid., *Gromatici veteres ex recensione Caroli Lachmanni*, 2 vols., Berlín 1848-1852, en edición anastática a cargo de Bardi Editore. Vid. Vol. I, p. 358. MOMMSEN en el trabajo *Über die kritische Grundlage unseres Digestentextes*, incluido en los *Gesammelte Schriften Juristische Schriften*, Berlín 1905, pp. 112 y 138, Vid también una referencia en Guido MOR, «*Scritti .*», *op. cit.*, p. 122.

⁶ Sobre el Papiro Reinach Inv. 2173, sabemos que M. Thèodore Reinach lo donó al Instituto de Papirología de la Sorbona. El primer editor del testimonio fue SEYMOUR DE RICCI, vid. su trabajo «*Deux Nouveaux Papyrus Juridiques*», en *Etudes d'Histoire Juridique offertes a Pau Frédéric Girard*, vol. 1º, París, 1912, pp. 273 y ss ; M. H. J. SCHELTEMA ha trabajado también sobre el testimonio, descubriendo en él anotaciones que provienen de p/a/r/a/g/r/a/f/a/1 de los Maestros de Stefano De ahí que el valor del documento sea excepcional al ser el único resto del siglo VI de los Profesores de Bizancio. Vid. también la última aportación al respecto N VAN DER WAL, profesor de Groningen, en *TJ*, 1983, el trabajo se llama *Encore une fois le P. Reinach Inv. 2173*.

⁷ Vid. Leopold WENGER, «*Die Quellen...*», *op. cit.*, p. 593. Vid. también un trabajo de Fritz SCHULZ, *Ein Digestenfragment aus gypten, aber kein «predigesto de legatis*», *SZ* (1941), p. 406. Vid. también *RHD*, 17 (1941), p. 19.

El testimonio tiene el *Epitome Iulinai*, parte del *Dictatum de Consiliariis*, parte de la *Collatio legum romanorum et mosaicorum*, la *Collectio de tutoribus* y un apéndice que consta de varias Novelas. Se encuentran y esto es lo que más interesa al objeto de este trabajo, las Instituciones de Justiniano, incompletas en los primeros títulos, y a renglón seguido, y sin solución de continuidad, se encuentra el principio del Digesto Justiniano. Exactamente desde D. 1,1,1, pr. hasta D. 1,7,3, faltando entremedio desde D. 1,5,24 a D. 1,6,8, pr.

Es importante señalar que no se encuentran ni las Constituciones Introductorias, ni el índice de juristas ni el índice de autores⁸.

A PARTIR DE FINALES DEL SIGLO XI

Son muchos los testimonios que se conservan de esta época. Constituyen la llamada Vulgata del Digesto. Aquí sólo relacionaremos los que Mommsen ha colacionado para su edición, y los que nosotros hemos po-

⁸ En cuanto al testimonio Berlín Lat fol 269, en la actualidad se encuentra custodiado en la Biblioteca de Berlín Occidental, pues a ésta correspondió después de que todo el patrimonio de la antigua Biblioteca de Berlín se dividiera en dos lotes, que fueron a parar a las Bibliotecas que al efecto se crearon en ambas zonas de la ciudad. Este testimonio ha sido, desde antiguo, objeto de atención especial entre los estudiosos de la tradición manuscrita del Digesto. Pueden citarse PATETTA, «Sul fragmento delle Istituzioni e delle Pandette nel Ms. Berlinese lat fol. 269», publicado en los *Studi sulle Fonti Giuridiche Medievali*, edición anastática, Turín, 1967, pp. 150 y ss.

MOMMSEN, en *Über die kritische...*, op. cit., p. 137, se refiere a este testimonio, adelantando la hipótesis de su origen francés. El mismo autor en el *Praefatio* a la editio maior XX, XXIII y XXXV. Aquí el autor explica la razón de que se conozca a este testimonio con la sigla R, explica que en 1837 la Biblioteca de Berlín lo adquirió por compra a la Biblioteca Rosnyana, también llamada Peter Pit-hoei

Vid también Leopold WENGER, «Die Quellen...», op. cit., pp. 545 a 548; 593 a 594 y 609.

Guiscardo MOSCHETTI, «I fragmenti Veronesi del sec IX delle Istituzioni di Giustiniano», en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto*, vol. 1, Milán, 1953, p. 443

Juan MIQUEL, en su trabajo ya citado *Mechanische Fehler...*, pp. 267 y ss, en donde el autor propone interesantes hipótesis sobre el modelo de este testimonio.

Por último, vid. Robert RÖHLE, en su trabajo dedicado enteramente a este testimonio *Das Berliner Institutionen und Digesten fragment...*, op. cit., en nota anterior.

dido ver a través de microfilm (sólo en un caso nos ha sido posible acceder directamente al manuscrito. Se trata de Seu D'Urgell, n.º 2029). El Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, nos ha proporcionado amablemente la casi totalidad de los microfilms con los que hemos trabajado.

Relacionaremos los manuscritos de acuerdo con un módulo preestablecido, con la finalidad de resaltar principalmente los datos esenciales que permiten calificar cada testimonio. Por supuesto el módulo está inspirado en la obra ya citada *Verzeichnis der Handschriften zum Römischen Recibis 1600*, del profesor Gero Dolezalek. El módulo es el siguiente: nombre del testimonio y biblioteca en la que se halla custodiado; material del testimonio; característica esencial de su formato; datación, teniendo en cuenta que en aquellos casos en que la datación del profesor Dolezalek no coincida con la de Mommsen en la *editio maior*, se hará constar expresamente. No se hará una referencia exhaustiva del total contenido del testimonio pues en la citada obra del profesor de Frankfurt está reflejado espléndidamente este punto.

Para interpretar los manuscritos nos han sido de gran utilidad los trabajos de Gero Dolezalek y Hans Van Den Wouw. Para la problemática de las abreviaturas hemos utilizado, aparte del clásico trabajo de Emil Seckel, *Palaographie der juristischen Handschriften des 12 bis 15 und der juristischen Drucke des 15 und 16 Jahrhunderts*, la obra publicada recientemente por la profesora Josefina Mateu Ibars, *Braquigrafía de Sumas*⁹.

DIGESTUM VETUS

— París lat. 4450 (en editio maior P) Biblioteca Nacional. Formato en folio. Finales del siglo XI principios del XII. Llega hasta D. 24,3,2. Único Codex, de entre los Boloñeses conservados en la actualidad, que tiene

⁹ Del profesor DOLEZALEK selecciono las dos publicaciones que me han sido más útiles, ambas del año 1983: *Das Geheimnis der roten Zeichen. Ein Beitrag zur Palaographie juristischer Handschriften des zwölften Jahrhunderts*, SZ, Kanonistische Abteilung, 1983, pp 143 a 199, y la publicación, junto con el profesor VAN DEN WOUW, *Zur Textgeschichte des Infortium und zu seiner Glossierung durch die frühen Bologneser Glossatoren*, en *Ius Commune*, 11 (publicación periódica del Max Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, de Frankfurt), pp 231 a 287

El trabajo de Emil SECKEL está publicado en SZ, 45 (1925), p 1, y la obra de la profesora Josefina MATEU está publicada en Barcelona, por Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona, año 1984

un índice completo de los 50 libros del Digesto. Extrañamente este índice se encuentra entre los libros 9 y 10. La inscripción de los fragmentos está completa, en cambio las palabras o secuencias de texto en griego son muy deficientes. La grafía está dispuesta a una sola columna¹⁰.

— Vaticano vat. lat. 1406 (en editio maior V). Biblioteca Vaticana, Fondo Vaticano Latino. Finales del siglo XI principios del siglo XII. Falta folios intermedios que afectan a los libros 7, 11, 12, 15, 20 y 21. Parece que estos folios se repusieron en el siglo XIII. Llega hasta D. 24,3,2. Las inscripciones de los fragmentos están completas, y el texto está dispuesto a una sola columna. Las secuencias en griego son defectuosas¹¹.

— Leipzig 873. Biblioteca Universitaria de Leipzig (RDA) (en editio maior L). Este Manuscrito no puede datarse unitariamente pues tiene partes más antiguas que otras. Lo más antiguo se sitúa en el siglo XII mientras que los folios repuestos son del siglo XIII. La parte más antigua contiene los libros 3 a 15 y 22 a 24. Las inscripciones, incluso las de la parte más antigua no están completas y las secuencias en griego son defectuosas. El texto está dispuesto a dos columnas¹².

— Padua 941. Biblioteca Universitaria de Padua (en editio maior U). Siglo XII. El Manuscrito está completo en cuanto al texto del Digestum vetus, y además tiene la Constitución Omnem, añadida posteriormente al manuscrito por una mano de la 1.ª mitad del siglo XIII (datación de Dolezalek. Mommsen cree que esta Constitución es de la mitad del siglo XIV). Está completo en cuanto a las inscripciones. Las secuencias griegas son defectuosas. El texto está dispuesto a dos columnas¹³.

— Turín F II 14 (T en edición). Finales siglo XII principios siglo XIII; esta datación es de Dolezalek, para Mommsen es del siglo XII. El material es de pergamino. Se custodia en Turín, Biblioteca Nacional. Contiene el Digestum vetus y una pequeña parte del Infortiatum; exactamente hasta D. 25,3,5,13, en las palabras *dixerit patre*, dato curioso si se tiene en cuenta que París lat. 4450, de 2.ª mano, alarga el Digestum vetus con una secuencia correspondiente a D. 24,3,2, justo hasta las palabras *experiri patrem*. Patetta explica que el Manuscrito está mutilado al principio y al final. Dice que del primer «fascículo» (quaternio?) queda sólo el úl-

¹⁰ Vid *Praefatio* XXXXVIII y el comentario del propio MOMMSEN en el trabajo preparatorio a la edición «Uber die kritische ..», *op. cit.*, p. 124, nota 2. Junto con Vaticano 1406, son los representantes más antiguos del texto de la Vulgata del Digesto. La disposición del texto a una sola columna y la completación de las inscripciones, son los elementos más determinantes para la datación

¹¹ Vid *Praefatio* XXXXVIII

¹² Vid *Praefatio* XXXXVIII y p. s y LXVI donde el editor dice que L tiene rasgos gráficos en lombarda.

¹³ Vid. *Praefatio* XXXXVIII, XXXXVII nota 2 y LXV en donde MOMMSEN dice que se corrigió directamente con F

timo folio, que contiene la Constitución *Omnem* desde las palabras *volu-
minis quos pro dotibus*. También en opinión de Patetta, a la vista de que
los «fascículos» son de ocho folios, se perdieron los siete restantes que
debían contener el principio de la citada Constitución y el Índice de Tí-
tulos. Mommsen y Dolezalek no mencionan que el Manuscrito contenga
una secuencia de la Constitución *Omnem*. El Manuscrito tiene también
otros contenidos; *Distintiones* de Azon y *Dissensiones dominorum*. Las
inscripciones de los fragmentos están completas y las secuencias en grie-
go son defectuosas. Hay palabras mal separadas ¹⁴.

— Sessoriano 43, Inv. 1369. Custodiado en la actualidad en Roma, en
la Biblioteca Nacional Central Vittorio Emanuele III; siglos XII-XIII (Pa-
tetta lo data entre 1180 y 1257). El material es pergamino y el formato
folio. El contenido es muy variado, del texto del Digestum vetus sólo se
encuentra D. 1,1; D. 1,3; D. 2,2; D. 2,11; D. 9,1, todo ello acompañado de
una introducción: *Introitus Digesti Veteris* en donde se intenta dar una ex-
plicación al enigma de la tripartición del texto de la Vulgata. En el apar-
tado 1 de este trabajo ya hemos comentado este extremo (1.3.4). Este tes-
timonio ha sido objeto de atención especial de los estudiosos pues con-
tiene un número importante de glosas de Iohannes Bassianus ¹⁵.

INFORTIATUM

— Vaticano lat. 1407 (en edición W). Custodiado hoy en Biblioteca
Vaticana, Fondo Vaticano Latino. Primera mitad del siglo XII. Pergami-
no. El texto del Infortiatum que contiene, se inicia en el principio del li-

¹⁴ Vid Praefatio XXXXVIII Vid., un trabajo monográfico de PATETTA, *De un
manoscritto dei Digesti con glosse praecursiane e frammenti delle Dissensiones do-
minorum*, publicado en 1890, e incluido en los ya citados Studi sulle Fonti Giuri-
diche Medievali, Turin, 1967, pp 193 a 199

Hans VAN DEN WOUW, en el trabajo citado en la nota 9, se preocupa amplia-
mente de este testimonio.

DOLEZALEK en el trabajo sobre manuscritos con signos rojos, citado también
en la nota 9, comenta que tiene pequeñas letras que luego se sustituirán por pun-
tos, Vid , final del trabajo *Das Geheimnis der roten .* y, sobre todo, nota 22

¹⁵ Sobre este manuscrito hay abundante literatura citada por DOLEZALEK en
Verzeichnis ..., op. cit Destacamos W. M. D'ABLAING, *Zur Bibliothek der Glossato-
ren*, en SZ, 9 (1888), pp. 13 a 42

Para contradecir muchas de las opiniones vertidas por D'ABLAING, PATETTA en
los *Studi sulle Fonti* ya citados, pp 202 a 218; (este trabajo se publicó por el autor
en 1892) El trabajo se titula *Sull'Introduzione del Digesto a Bologna e sulla divi-
sione bolognese in quattro parti*

bro 26 y acaba en D. 37,4,12, en las palabras *si vero*. Las inscripciones, en general, están completas, tanto para lo que es propiamente el *Infortiatum* como para las *Tres Partes*. En la versión griega es bastante deficiente; Brenckmann tomando como ejemplo el fragmento de Modestino, D. 26,3,1, comenta que en este testimonio el griego está sustituido por una interpretación latina ¹⁶.

— Cambridge GC, 15/131; custodiado en Cambridge Gonville und Caius College (en edición K). Pergamino, gran formato. Siglo XIII. Tiene el texto del *Infortiatum* y el de las *Tres Partes*. En los folios primero y último hay inscripciones relativas al periplo del testimonio, reproducidas por Mommsen en el *Praefatio* de la edición ¹⁷.

— Berlín SB West, lat. fol. 268 (en edición D). Custodiado hoy en la Staatsbibliothek de Berlín Occidental. Posterior al siglo XIII; exactamente, y por una inscripción en el propio Manuscrito, año 1276. Pergamino. Los primeros folios están deteriorados; Mommsen dice que se inicia en D. 25,1,12 y Dolezalek dice que se inicia en D. 25,2,1. Las inscripciones están completas hasta D. 27,2,1. En el resto ya sólo tienen el nombre del jurista. Acaba al final del libro 38. No tiene versión griega ¹⁸.

— Bamberg Jur. 14 (en edición I). En editio maior se data a finales del siglo XII.2 mientras que en la *Verzeichnis* de Dolezalek se data en la primera mitad del siglo XIII. Contiene todo el *Infortiatum*, pero en cuanto a las inscripciones no están completas en todas sus partes. No tiene texto griego sino una interpretación latina del mismo. Como en el testimonio relacionado anteriormente, hay anotaciones marginales confrontando texto propio con texto del testimonio Florentino.

El Manuscrito se custodia en Bamberg (RFA); Staatsbibliothek ²⁰.

— Leiden D'Ablaing 1. Conservado en la Biblioteca de Rijksuniversiteit (Holanda). Pergamino. Siglo XII, en los folios 105 a 150. En estos folios se encuentra el texto del *Infortiatum*, que no está completo. El texto del *Infortiatum* se encuentra dividido en tres partes. Es completo en las inscripciones ²¹.

¹⁶ BRECKMANN, «Historia Pandectarum. .», *op. cit.*, p. 278, y ello se refleja también en el trabajo de R. RÖHLE, *Die Vulgatahandschriften der Gottinger Digestenausgabe von, 1776*, publicado en *LABEO*, 1976, pp. 164 a 168.

Praefatio XXXVII; Hans VAN DEN WOUW en su trabajo *Zur Textgeschichte des Infortiatum...*, *op. cit.*, en nota 9 hace una extensa referencia a este manuscrito y cita Pietro SELLA en su trabajo *Tres partes*, publicado en *RSDI*, 1934, pp. 587 y 588, en donde se hace una descripción de particularidades del manuscrito.

¹⁷ *Praefatio XXXVIII* y ss.

¹⁸ *Praefatio L*

¹⁹ *Praefatio L* y *LI*, DOLEZALEK en «Azos Glossenapparat zum *Infortiatum*», *Ius Commune*, 3 (1970), pp. 186 a 212

²⁰ *Praefatio LI*, DOLEZALEK en el trabajo citado en la nota anterior

²¹ Este manuscrito no ha sido colacionado por MOMMSEN para la edición. Está citado por KANTOROWICZ en *Studien zum altitalienischen Strafprozess*, publica-

— Durham C.I.2. Conservado en la actualidad en la Biblioteca de la Catedral. Siglo XII. Contiene el texto del Infortiatum, completo, aunque en el título 2.º del libro 33, omite 21 fragmentos; exactamente desde el fragmento 16, palabra *iniquum*, hasta el fragmento 36, palabra *cessasset*. Está glosado, pudiéndose distinguir un primer grupo de glosas de Rogerio, y un segundo grupo de glosas de Acursio²². Las inscripciones están completas pero en ellas hay muchas variantes en relación al Manuscrito Florentino.

— Laon 353. Conservado en la Bibliothéque Communale, siglo XII. Contiene el Infortiatum, inscripciones abreviadas. Un primer grupo de glosa es de finales del siglo XII, y un segundo grupo es la glosa de Acursio²³.

— Montpellier H80. Custodiado en la Bibliothéque Universitaire, siglo XII, 2.ª mitad. Contiene el Infortiatum, excepto en el libro 38 y los siete últimos títulos del libro 37. El Infortiatum propiamente dicho se encuentra separado de las Tres Partes (D. 35,2,82), por medio de un folio en el que no hay texto del Digesto, sino sólo una relación de rúbricas, que no son las del Infortiatum ni de ninguna otra parte del Digesto. El libro 27 está iniciado dos veces; la primera omitiendo los fragmentos en griego, y la segunda con una interpretación latina de lo que antes había omitido. Tiene cuatro estratos de glosa: un primer estrato de la primera mitad del siglo XII, un segundo estrato de finales del siglo XII, un tercero (incierto) de glosa de Azon y un cuarto de glosa de Acursio. Es muy completo en cuanto a las inscripciones²⁴.

— Oxford S. T. John's 24. Custodiado en Saint John the Baptist's College. Siglo XII, finales. Esta es la datación del Infortiatum hasta D. 35,2,82. Las Tres Partes están transcritas por una mano posterior. Tiene glosa de Rogerio y de Azon sólo en el Infortiatum propiamente dicho; las Tres Partes están libres de glosa. Es incompleto en cuanto a las inscripciones²⁵.

do en 1923 en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 44, pp. 97 a 130.

Vid., también Emil SECKEL en *Distinctiones Glossatorum*, en *Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand Martitz*, Berlín, 1911.

²² Vid. DOLEZALEK, *Verzeichnis der Handschriften..*, *op. cit.* Ahí el Manuscrito está datado en el siglo XIV, aunque de esta datación no se responsabiliza el autor, pues no está impreso con asterisco. Vid., también *Zur Textgeschichte des...*, *op. cit.*, de H. VAN DEN WOUW y G. DOLEZALEK.

²³ Vid. *Verzeichnis..*, *op. cit.* Vid., también el trabajo «Zur Textgeschichte...», *op. cit.*

²⁴ Vid. *Verzeichnis...*, *op. cit.* y *Zur Textgeschichte..*, *op. cit.*

²⁵ Vid. *Verzeichnis...*, *op. cit.* y *Zur Textgeschichte...*, *op. cit.* KANTOROWICZ, en su trabajo «Über die Entstehung der ..», *op. cit.*, p. 145.

— París BN, lat. 4452, custodiado en la *Bibliothèque Nationale*. Siglo XII. El contenido es variado pues tiene otros textos jurídicos además del *Infortiatum*. Las inscripciones están completas, aunque abreviadas. Tiene glosas de la primera mitad del siglo XII y glosa de Rogerio²⁶.

— París B. N. Lat. 4458, fol. 337, como el anterior, en la *Bibliothèque Nationale*. Siglo XII, 2.ª mitad. Contiene el *Infortiatum* con una omisión considerable. Desde D. 33,7,13 hasta D. 38,17,6. El libro 27, al igual que Montpellier H80, se inicia dos veces. El segundo libro 27 tiene sólo fragmentos latinos²⁷.

— Troyes 408. *Bibliothèque Municipale*. Siglo XII, finales. Contiene el *Infortiatum* completo, con una clara separación de éste con las Tres Partes. Para iniciar cada libro contiene miniaturas de motivos religiosos. Tiene glosa de finales del siglo XII, glosa de Azon, glosa de la primera mitad del siglo XIII y glosa de Acursio. Es completo en cuanto a las inscripciones²⁸.

— Wien 2261. *Osterreichische Nationalbibliothek*. Siglo XII. Contenido variado, pues no sólo tiene el texto del *Infortiatum*. Las Tres Partes se encuentran claramente separadas del *Infortiatum* sólo por unas letras mayúsculas. Tiene glosas de Rogerio. Las inscripciones completas²⁹.

— Ottobonia 1600; en la *Biblioteca Vaticana*, referencia Ottob. lat. 1600, posterior al siglo XIII (en edición Ottob. 1600, aunque Mommsen lo colaciona en muy pocas ocasiones). No es completo en las inscripciones y para las secuencias en griego tiene interpretación latina³⁰.

MANUSCRITOS QUE CONTIENEN EL INFORTIATUM Y PARTE DEL DIGESTUM NOVUM

— París Lat. 4454. *Biblioteca Nacional de París* (en edición Q). Siglo XII mediados. Pergamino, formato folio. Contiene desde D. 27,1,31 hasta D. 43,4, final. Se encuentra algo mutilado. Las inscripciones, por lo general, son completas. No hay ni versión griega ni interpretación latina de la misma. Hemos podido comprobar en el microfilm, que donde correspondía una secuencia en griego hay un espacio en blanco o signos

²⁶ Vid. *Verzeichnis*., *op. cit.*, con toda la bibliografía allí citada Vid., también *Zur Textgeschichte*., *op. cit.*

²⁷ Vid. *Verzeichnis*., *op. cit.* y *Zur Textgeschichte*., *op. cit.*

²⁸ Vid. *Verzeichnis*., *op. cit.* y *Zur Textgeschichte*., *op. cit.*

²⁹ Vid. *Verzeichnis*., *op. cit.* y *Zur Textgeschichte*., *op. cit.*

³⁰ BRECKMANN, *Historia Pandectarum*., *op. cit.*, p. 286, 2.º párrafo; relacionado también por R. RÖHLE, *Die Vulgathandschriften*, *op. cit.*, p. 167. MOMMSEN, *Praefatio XXXVI*, nota 4 y vol. 2.º de la edición, I para el título 5 del libro 33

ininteligibles, que muy bien podrían ser intentos del copista de copiar grafía griega. El testimonio tiene vistosas miniaturas de las que no hemos podido apreciar el colorido ³¹.

— Patetta 217. Este manuscrito estaba en Mantova (Mantua), Archivio Capilupi 18; en la actualidad los fondos de este Archivo se repartieron entre Suzzara, Roma y Padua. Siglo XII principios. Pergamino, formato folio. Contiene el Infortiatum con las Tres Partes, y el título 1.º del libro 39, que corresponde al Digestum Novum. El testimonio no tiene carácter unitario, sino que su composición tiene diversas procedencias ³².

DIGESTUM NOVUM

— Paris Lat. 4455 (en edición X). Custodiado en París, Bibliothèque Nationale. Según Mommsen la parte más antigua es del siglo XIII, mientras que para Dolezalek es de mitades del siglo XII. El material es pergamino, tipo folio. Contiene el Digestum Novum completo; desde el principio del libro 39 hasta el final del libro 50. No es completo en cuanto a las inscripciones, pues parte del libro 47, los 48 y 49, y parte del libro 50 no tienen o son muy deficientes. No tiene secuencias en griego ni una interpretación latina de las mismas ³³.

— Paris Lat. 4458 A (en edición Y). Custodiado en París, Bibliothèque Nationale. Dividido en dos volúmenes; el primero, de 169 folios, contiene el Digestum vetus hasta la palabra *probandum* que pertenece al final del título 2.º del libro 24. El folio 170 tiene un pequeño fragmento del Infortiatum, exactamente D. 36,1,1 a 7; del folio 171 en adelante tiene el Digestum novum completo, y aparato de Glosas. Mommsen data el testimonio en el siglo XIII y Dolezalek en el siglo XII. En ambas partes del testimonio las inscripciones de los fragmentos están completas ³⁴.

— Vaticano Palatino 754 (en edición Z). Biblioteca Vaticana, Fondo Palatino. Mommsen data el manuscrito en el siglo XIII, mientras que Do-

³¹ Praefatio LI

³² En la *Verzeichnis...*, *op. cit.*, de DOLEZALEK se encuentra por la voz *Mantova*, Archivio Capilupi 18. Hans VAN DEN WOUW en su trabajo *Zur Textgeschichte des Infortiatum*, *op. cit.*, pp 242 a 243 hace una extensa descripción del testimonio y su contenido. Destacamos la idea del autor citado, de que este testimonio hay que tomarlo en consideración por partes. Vid. la nota 40 con que acompaña a esta descripción; ahí cita a PATETTA.

MOMMSEN lo colaciona para la edición.

³³ MOMMSEN, Praefatio LI.

DOLEZALEK ha publicado en SZ, 84 (1967), pp 245 a 349; *Der Glossenapparat des Martinus Gosia zum Digestum Novum*, en donde puede encontrarse una descripción pormenorizada del Manuscrito.

³⁴ MOMMSEN Praefatio LI y DOLEZALEK en el trabajo citado en la nota anterior.

lezalek en el siglo XII. El Manuscrito no tiene carácter unitario sino que los folios primeros, unos cuantos intermedios y los del final, son posteriores al grueso del Manuscrito. Las inscripciones de los fragmentos que se encuentran en la parte más antigua, están completas. Las secuencias en griego sólo están cuando son de pequeña extensión, las más largas están omitidas, y en su lugar se encuentran las abreviaturas *gr.* o *grcu.* En cuanto al texto del Digesto, en ocasiones se aparta notablemente del resto de testimonios de esta parte; (Vid. aparato crítico correspondiente a D. 39,3,6, pr. y D. 39,5,2,7). Uno de los cambios de letra en el Manuscrito coincide con un final del folio verso de F; exactamente en la palabra *constitutionem* de D. 40,1,4,12³⁵.

— Bamberg Jur. 17 (en edición M). Custodiado en la actualidad en la Staatsbibliothek de Bamberg (RFA). La datación de Mommsen es del siglo XIII y la de Dolezalek es finales del siglo XII. Contiene el Digestum Novum completo. Por lo general las inscripciones de los fragmentos están completas; las secuencias griegas están omitidas. En cuanto al texto del Digesto tiene variantes que lo separan del resto de testimonios del Digestum Novum; (Vid. aparato crítico correspondiente a D. 41,2,7 y 8; D. 41,2,13,4; D. 41,2,36; D. 40,4,33; D. 47,2, entre fragmentos 37 y 38). En general los fragmentos del título 2.º del libro 41 no respetan el orden de colocación de los mismos en los demás testimonios³⁶.

— Kaliningrad 10 (en edición O). Estaba custodiado en Kaliningrad anteriormente Koningsberg, Staats-und Universitätsbibliothek (URSS). No obstante, después de la destrucción de esta ciudad, el paradero de éste y otros manuscritos allí conservados, es desconocido. Para Mommsen siglo XIV, para Dolezalek siglos XIII-XIV. Contiene el Digestum Novum completo, pero los últimos folios, a partir de D. 50,16,244 en adelante, son de una mano posterior. Las inscripciones están completas³⁷.

— Ivrea 63/LXXXIX. Custodiado en la Biblioteca Capitulare de Ivrea. Segunda mitad del siglo XII. Pergamino. Tiene 274 folios, que contienen el Digestum Novum completo y un amplio aparato de glosa. Es muy incompleto en cuanto a las inscripciones. Las secuencias griegas se encuentran omitidas o con signos inteligibles que parece quieren imitar grafía griega.

— Edinburgh UL, DB.II.2 (en este trabajo citado como Edinburgh 154 por ser éste el número del catálogo tomado por Dolezalek para la *Verzeichnis...*). Custodiado en Edinburgh University Library. Siglo XII, 1. Como puede verse el más antiguo de los aquí relacionados. Se inicia antes del Digestum Novum, desde D. 38,17,9. Está completo en las ins-

³⁵ BRECKMANN, *Historia Pandectarum...*, op. cit., p. 284, núm VIII, citado también en el trabajo de R. RÖHLE, *Die Vulgathandschriften ..*, op. cit. MOMMSEN, Praefatio LII.

³⁶ MOMMSEN, Praefatio LII

DOLEZALEK en el trabajo citado en la nota 25.

³⁷ MOMMSEN, Praefatio LII.

cripciones. Es el único, de los colacionados por nosotros a través de microfilm, en que el título 17 del libro 50 no va acompañado de gran aparato de glosa, aunque el testimonio está compuesto también por folios dedicados exclusivamente a glosa ³⁸.

— Assisi 217. En la actualidad en Assisi, Biblioteca Comunale. Siglos XII medios. Completo en las inscripciones. Tiene folios enteros, entremedio del texto, dedicados exclusivamente a glosa.

— Bamberg Jur. 18; en Staatsbibliothek Bamberg (RFA). Siglo XII ex. Contiene el Digestum Novum y un completo aparato de glosa. Completo en las inscripciones ³⁹.

— Basel U.B., C.1.7; Bibliothek der Universitat. Siglo XII ex. Contiene el Digestum Novum y un completo aparato de glosa. Completo en las inscripciones ⁴⁰.

— Berlín SB West, lat. fol. 837. Staatsbibliothek Berlín Occidental. Siglo XII, primera mitad. Aparato de glosa. Inscripciones completas pero con variantes en relación a los demás manuscritos. Tiene folios intermedios, dedicados exclusivamente a glosa.

— Cambridge GC, 271/671; en Gonville and Caius College. Siglo XII ex. Digestum Novum, completo aparato de glosa, con inscripciones completas, aunque abreviadas. En el principio, tiene 3/4 partes de la primera columna borradas; no obstante se inicia con el principio del Digestum Novum.

— Torino B.N. E.I.12. Biblioteca Nazionale Universitaria. Siglo XII medios, aunque hay folios posteriores. Completo aparato de glosa, y completo también en cuanto a las inscripciones.

— Vaticano Palat. lat. 753. Biblioteca Vatican, a Fondo Palatino, hasta el folio 215, siglo XII medios. Contiene Digestum Novum y otras lecturas jurídicas. Aparato de glosa e inscripciones completas ⁴¹.

— Seo d'Urgell 2029. En la actualidad en la Biblioteca de la Catedral de Seo d'Urgell. Para Dolezalek siglo XII mientras que Pierre Legendre lo data a mitades del siglo XIII. Contiene el Digestum Novum y aparato de glosa. Las inscripciones se encuentran completas. Para las secuencias en griego sólo tiene una grafía ininteligible que parece imita la letra griega ⁴².

³⁸ Suponemos que este testimonio no debió serle accesible a MOMMSEN en el año 1870. En otro caso es difícil entender por qué no lo colacionó.

³⁹ Vid. en *Verzeichnis...*, *op. cit.*, la extensa bibliografía que hace referencia a este Manuscrito.

⁴⁰ Vid. en *Verzeichnis...*, *op. cit.*, la extensa bibliografía que hace referencia a este Manuscrito.

⁴¹ Vid. en *Verzeichnis...*, *op. cit.*, la extensa bibliografía que hace referencia a este Manuscrito.

⁴² Hemos podido ver personalmente este Manuscrito. Lo agradecemos Benigne Marques, responsable de los fondos de la Biblioteca de la Catedral de Seo d'Urgell, que nos facilitó el acceso al Manuscrito. Como es frecuente en el resto

— Kassel 2 Ms. iurid. 100,11. Fragmento. Actualmente en Kassel, Murhardsche Bibliothek der Stadt Kassel und Landesbibliothek (RFA). Siglo XII. (En esta datación coinciden Dolezalek y Kirchner; Max Conrat también coincide cuando dice que le parece anterior al siglo XIII, comentando que es más antiguo que los descritos por Mommsen en Praefatio LI y LII). El contenido del testimonio es escaso, desde D 48,16,10,2 en las palabras *ex die scilicet*, hasta D. 48,18,1,27 en las palabras *domini revertatur*. Las inscripciones están completas, y tiene una breve glosa marginal e interlineal⁴³.

Vid. nota 44 sobre Manuscritos del Digestum Novum.

MANUSCRITO QUE TIENE EL TEXTO DEL DIGESTO COMPLETO

— Codex Colladonius. Biblioteca privada de Theodor Mommsen, Berlín. Finales del siglo XIII principios del siglo XIV. (En edición C). Se encuentra muy perjudicado. Contiene el Digesto entero pero al finalizar

de testimonios relacionados aquí, los títulos 16 y 17 del libro 50, tienen el texto en distinta disposición que los restantes títulos, con la finalidad de dar mayor cabida al aparato de glosa. Vid., una referencia a este Manuscrito en un trabajo del profesor Pierre LEGENDRE (Lille), *Recherches sur les commentaires préaccusiens I*, RHD, 33 (1965), p. 368, nota 85. Este autor, citando el Catálogo Beer, pone este Manuscrito como ejemplo paradigmático de testimonios con un complejo aparato de glosas que hace difícil su catalogación.

⁴³ Vid Max CONRAT, *Un foglio di un antico manoscritto del Digestum novum*, BIDR, 20 (1908), p. 259.

DOLEZALEK, *Der Glossenapparat*, op. cit., en nota 25; y un trabajo monográfico de Robert RÖHLE, *Digestorum fragmentorum Casellanum 2.º Mss. iurid. 100.11*, publicado en SZ, 88 (1971), pp. 356 a 375. El trabajo se divide en cuatro partes: I La Transcripción del texto del Manuscrito II. Anotaciones a las palabras, compendio de sílabas. III. Variantes en las lecciones, con dos reproducciones fototípicas del testimonio. IV. Comentario descriptivo del testimonio.

⁴⁴ En relación a un importante testimonio del Digestum Novum, no relacionado aquí por no haberlo citado en el trabajo, es interesante consultar un trabajo sobre el Manuscrito Leningrad, Leningrad BMG, Lat. 1 de VETULANI, publicado en los Studi in onore GROSSO, vol. V, pp. 421 a 431 El autor data el Manuscrito a finales del siglo XII y es el más antiguo de los que en 1829 llegaron a Leningrad. Vid. también una monografía de RUSSO, *Tradizione manoscritta di leges romanae nei codici del secolo IX y X della Biblioteca Capitolare de Modena*, año 1980. se podrá comprobar que en muchos manuscritos del Digestum Novum, la datación no coincide con la que se encuentra en la *Vezeichnis...* Ello se debe a que, gracias a la amabilidad del profesor Gero DOLEZALEK, hemos podido tener acceso a un trabajo, todavía no publicado, en el que se han vuelto a examinar todos los manuscritos conocidos, del Digestum Novum, de los siglos XI y XII. Lógicamente las dataciones utilizadas por nosotros han sido las del trabajo más moderno.

cada una de las partes que corresponden a la tripartición Boloñesa del texto, hace una mención expresa de ello. Es decir, todavía no se concibe la obra de Justiniano como una unidad. El Manuscrito se inicia con la Constitución Omnem. Las inscripciones son muy incompletas, y omite las secuencias en griego, sin suplir con interpretación latina ⁴⁵.

MANUSCRITO DEL LIBER PAUPERUM QUE TRANSMITE TEXTO DEL DIGESTO JUSTINIANO

— Brugge SB 375, custodiado en la actualidad en la Bibliothéque de la Ville. Principios del siglo XIII, junto con el Manuscrito Leningrad GPB, lat...? Forman los dos testimonios más antiguos de la obra de Magister Vacarius, de entre los ocho testimonios completos conocidos en la actualidad. No tiene secuencias griegas, y en cuanto a las inscripciones sólo puede hacerse una referencia negativa, pues en el Liber Pauperum no tuvieron entrada las inscripciones, ni del Digesto ni del Codex. En el Manuscrito no se encuentra la introducción o Prólogo al Liber Pauperum, que precede al desarrollo del texto, que sí puede hallarse en los demás manuscritos ⁴⁶.

⁴⁵ MOMMSEN en el trabajo preparatorio a la Edición, *Über die kritische Grundlage .., op. cit.*, cita este Manuscrito bajo el nombre Kellerschen, la razón es que este testimonio pertenecía a un fondo propiedad de Friedrich Ludwig Keller Praefatio a la editio maior XXXXVII, XXXXVIII.

⁴⁶ Sobre este Manuscrito vid DOLEZALEK, «Verzeichnis..», *op. cit* en la voz Brugge S B. y extensa bibliografía allí citada. En relación al Liber Pauperum hay que hacer hincapié en la espléndida obra de F. de ZULUETA, DCL, *The Liber Pauperum of Vacarius*, London, 1927 No puede decirse que dicha obra sea exactamente una edición, pues en cuanto al texto del Liber Pauperum sólo puede encontrarse una enumeración, por orden de situación, de cada uno de los fragmentos del Digesto y del Codex, en su correspondiente colocación, en cada uno de los títulos de los nueve libros de que está compuesta dicha obra. Es decir, no hay una edición del texto del Liber Pauperum No obstante, el trabajo de ZULUETA es una extraordinaria guía para cotejar los diversos manuscritos, pues cita exactamente el folio de cada uno de los seis manuscritos que colaciona para cada título

La obra viene introducida ampliamente con un análisis de Magister Vacarius y su tiempo, del significado de la obra, que ZULUETA data en 1149, y de los manuscritos aseguibles en 1927 y su valor.

El Manuscrito más antiguo es el de Leningrado, al que ZULUETA llama WENCK porque había pertenecido al fondo particular de este estudioso. Según me indicó personalmente el profesor DOLEZALEK, la razón de que este Manuscrito esté tan deteriorado en el texto —resulta casi imposible la lectura del mismo a través del

INDICE DE FUENTES CITADAS EN ESTE TRABAJO

— D. 1,2,2,43	pág. 70
— D. 1,5,17	pág. 70
— D. 1,5,24	pág. 52 n. 124
— D. 1,16,2,1	pág. 131 n. 315
— D. 2,13,10,2	pág. 70
— D. 2,15,14	pág. 71
— D. 2,3,12	pág. 172
— D. 3,5,18,pr	pág. 72
— D. 5,3,13,14	pág. 72
— D. 5,1,18,1	pág. 60
— D. 5,3,25,5	pág. 60
— D. 6,1,42	pág. 73
— D. 8,4,1,1	pág. 74
— D. 8,1,7	pág. 61
— D. 9,2,17	pág. 74 y pág. 150
— D. 9,2,36,1	pág. 74
— D. 9,3,5,1	pág. 76 y n. 178
— D. 9,3,5,5	pág. 75
— D. 9,3,5,11 y 12	pág. 76
— D. 9,4,2,1	pág. 70 n. 166
— D. 9,4,39,pr.	pág. 77 n. 180
— D. 9,4,39,4	pág. 76 y pág. 150
— D. 10,2,40	pág. 77
— D. 14,1,1,7	pág. 62
— D. 17,1,38,pr.	pág. 77
— D. 17,1,49	pág. 78
— D. 19,1,13,3	pág. 78
— D. 19,1,13,7	pág. 62
— D. 19,1,49,pr.	pág. 62
— D. 19,1,50	pág. 78
— D. 19,5,26	pág. 182
— D. 22,3,fin	pág. 180
— D. 23,2,43,12	pág. 69 n. 164
— D. 23,2,45,6	pág. 63
— D. 23,2,57 y 57a	pág. 63
— D. 23,3,5,12	pág. 64
— D. 23,3,7,pr., 1 y 2	pág. 64
— D. 23,3,9,1 y D. 23,3,10,pr.	pág. 65 y pág. 85 n. 194

microfilme— es que fue tratado con reactivos químicos a finales del siglo pasado. Aunque ZULUETA indica que es un manuscrito desaparecido, en la actualidad está perfectamente localizado

— D. 23,5,7	pág 79
— D. 24,1,11,2	pág. 66
— D. 24,1,31,5 y 6	pág 67
— D. 24,1,3,9	pág 79
— D. 24,3,22,1	pág 172
— D. 24,3,22,9	pág. 173
— D. 24,3,56	pág. 173
— D. 26,7,7,pr.	pág. 94
— D. 26,10,3,16	pág 93
— D. 27,5,1,pr	pág. 82
— D. 27,8, rúbrica	pág. 94
— D. 28,3,6,5	pág. 173
— D. 28,6,1,1	pág. 94
— D. 28,6,36,pr.	pág 95
— D. 28,6,45,pr.	pág. 96 y pág. 150
— D. 28,7,27,1	pág 97
— D. 29,1,26.	pág 174
— D. 29,1,43	pág. 174
— D. 29,3,2,6	pág. 174
— D. 30, rúbrica	pág 97
— D. 30,9	pág. 97
— D. 30,34,9	pág 83
— D. 30,47,pr.	pág 97 y pág. 150
— D. 30,69,2 y 3.	pág. 98
— D. 30,84,5	pág. 99
— D. 30,90,1	pág. 100
— D. 30,91,1	pág. 100
— D. 31,40	pág. 101
— D. 31,50,pr. y 1	pág. 101
— D. 31,62,63	pág. 179 n. 385
— D. 32,47,1	pág. 102
— D. 32,50,4	pág 175
— D. 32,93,pr.	pág. 175
— D. 33,2,19.	pág. 103
— D. 33,4,1,pr. y 1	pág. 108
— D. 33,5,9	pág. 103
— D. 33,5,21	pág. 104
— D. 33,7,3,1	pág 104
— D. 33,10,7,1	pág 105
— D. 33,10,14	pág. 106
— D. 34,1,18,3	pág. 176
— D. 34,2,6,pr.	pág 176
— D. 34,2,23	pág. 108 y n. 194
— D. 34,2,25,8	pág 108
— D. 34,2,27,4	pág 109 y pág. 85 n. 194
— D. 34,3,11	pág. 110

— D. 34,3,21,pr.	pág. 111
— D. 34,5, entre 3 y 4.....	pág. 111
— D. 35,2,42 y 43.....	pág. 83
— D. 35,2,50 y 91.....	pág. 176
— D. 36,1,1,11 y D. 36,1,1,2.....	pág. 85
— D. 36,1,28,9.....	pág. 112
— D. 36,1, final.....	pág. 182 y n. 203
— D. 36,3,14.....	pág. 113
— D. 36,4, final.....	pág. 182 y n. 203
— D. 37, tít. 8 y 9.....	pág. 86
— D. 38,7,1.....	pág. 88
— D. 38,6, entre frag. 1, 2, 3, y 4, 4 y 5.....	pág 113 y 185
— D. 38,15,2,2.....	pág 90
— D. 36,2,19,1 y 2.....	pág. 91
— D. 39,2,15,15.....	pág. 129
— D. 39,3,3,1.....	pág. 129
— D. 39,5,29,pr.	pág 116
— D. 39,6,29.....	pág. 130
— D. 40,2,17 ..	pág. 131
— D. 40,4,33.....	pág. 119
— D. 40,5,21.....	pág. 132
— D. 40,9,8,pr ..	pág 47
— D. 40,9,30,4.....	pág. 133
— D. 41,1,23,1 ..	pág. 120
— D. 41,2,3,23 ..	pág. 121
— D. 41,3,4,24.....	pág. 134
— D. 41,3,46.....	pág 135
— D. 42,4,24.....	n 205
— D. 42,5,16.....	pág. 136
— D. 43, 10, rúbrica.....	pág 181
— D. 43,16,1,9.....	pág. 137 y pág. 150
— D. 43,16,16.....	pág. 138
— D. 44,3.....	pág. n 330
— D. 44,3,3.....	pág 139 y pág. 150
— D. 44,7,58 y 59.....	pág. 178
— D. 45,1,1,3.....	pág. 140
— D. 45,1,4,1.....	pág. 141
— D. 45,1,47 y 48, 122 y 123.....	pág 179
— D. 46,2,19.....	pág. 142
— D. 46,3,35.....	pág. 179
— D. 46,3,72,5.....	pág. 143
— D. 46,8,22,pr.	pág. 143
— D. 46,8,final.....	pág 182
— D. 47,1,2,3, y 4.....	pág. 144
— D. 47,2,37 y 38.....	pág 144
— D. 47,8,2,pr.....	pág. 145
— D. 48, títulos 4 y 5, rúbrica.....	pág. 181

— D. 48,20, final	pág 183
— D. 48,22, final	pág 183
— D. 49,1,10,1	pág. 146
— D. 49,15,3 y 9	pág n 214
— D. 49,15,25 y 26	pág. 119 y 288
— D. 50,17,82	pág 116 v n 285
— D. 50,17,118 a 199	pág 123
— Codex Iux.6.14	pág. 114
— Codex Ius. 5,37,24	pág. 94
— Codex Ius, 6,4,4,9a y 10.	pág. 98
— Codex Ius. 1,17	pág 161 n. 369
— Inst Ius 2,15,pr.	pág. 96
— Inst Ius 3,7,3	pág. 172
— Nov. 22 c 8.....	pág 173

ACOTACIONES A LA ULTIMA FASE DEL PROCESO RECOPIADOR

SUMARIO

I. Planteamiento general.—II. Ampliaciones y correcciones en la Nueva Recopilación.—III. Proyecto de nuevo Código presentado a Godoy.—IV. La Novísima Recopilación y la censura de libros y folletos.—V. La Novísima sometida en la época a valoración crítica.—1. El cuadro general de la valoración crítica.—2. Informes de los colegios de abogados.—3. Informes de los altos tribunales.—4. Informes de las Universidades.—5. Valoración de conjunto.—Apéndice.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

No se cumplieron las favorables expectativas puestas en la Nueva Recopilación, uno de los textos jurídicos más fervientemente deseados y solicitados, como hacen ver los textos de Cortés. Muy pronto se advirtieron defectos en la obra y empezaron a menudear las críticas. Cuando los tiempos se volvieron sombríos para la Monarquía y se perdió el rumbo de antaño, las críticas arreciaron. Los defectos en la administración de justicia, y aún de la misma vida política, se atribuyeron en tantas ocasiones a la carencia de una adecuada normativa. Y como aquí y allá se seguía manejando el tópico —sobre el que no vendría mal algún estudio monográfico— de lo perfectas que habían sido las leyes hispánicas, sin que tuvieran nada que envidiar a las de fuera —y para muchos las más perfectas del universo mundo— la crítica se vino a centrar en la propia tarea recopiladora, cuyos defectos metodológicos eran fáciles de advertir. Pero una cosa era detectar defectos o hacer arbitrio en este nuevo terreno y otra atender a la realidad de cada día, sobre lo que no cesaban de proyectar un sinnúmero de normas.

El ideal —vertido en otro viejo tópico— era naturalmente tratar de imprimir a la legislación claridad, sencillez y hasta simplicidad, a ser posible a través de un solo volumen que diera cuenta del mundo jurídico en su conjunto, sin necesidad de tener que acudir a tantos y tan distintos materiales legales. Pero en la realidad lo único que se pudo hacer fue tratar de mejorar lo ya existente sin acometer grandes reformas, a base de una puesta a punto de la Recopilación, con el complemento del tomo de autos acordados, en tanto se proyectaba una recopilación más perfecta y puesta al día. Algunos sectores especialmente necesitados o desfasados, como el penal, recibirían un tratamiento especial.

Se pensó también en soluciones complementarias, como el publicar estudios sobre nuestras instituciones para un mejor entendimiento de la materia jurídica. Se proyectaron asimismo ediciones de antiguos textos jurídicos con mayor rigor crítico. Y se elevaron propuestas a los órganos oficiales para publicar sencillos resúmenes de famosos cuerpos legales. Algunos de estos proyectos incluso llegaron a realizarse.

Pues bien, a pesar de los esfuerzos desplegados en los últimos años por la publicística —y aquí no podemos menos de destacar las valiosas aportaciones de Clavero—¹ quedan tantos y tantos temas por tratar en la línea que someramente hemos apuntado, que hasta un trabajo misceláneo como este, hecho a base de cuatro simples acotaciones, —dos en torno a la Novísima, una sobre un proyecto de código en la línea de la Ilustración, aunque con peculiares matices, y una cuarta a fin de seguir la pista a ediciones de la tan denostada Nueva Recopilación— tal vez pudiera despertar algún interés, o al menos esa ha sido nuestra intención.

¹ No sólo en trabajos de este Anuario, sino en otras aportaciones del prestigioso publicista Recordemos especialmente, *La idea del código en la ilustración jurídica en Historia, Instituciones, Documentos*, 6 (1979) 1-40, que hemos tenido muy presente a lo largo de este trabajo

Por nuestra parte hemos intentado también en otras publicaciones —algunas de este Anuario— hacer aclaraciones o puntualizaciones sobre el proceso recopilador. Entre los trabajos más recientes nos remitimos a nuestro libro *Derecho y Administración pública en la España del Antiguo Régimen* (Madrid, 1985).

II. AMPLIACIONES Y CORRECCIONES EN LA NUEVA RECOPIACION

La amplia duración que iba a tener la Nueva Recopilación iría acompañada de diversos intentos de adaptación y actualización de su contenido en función de la masa enorme de disposiciones, cada vez más abundante, que se iban dictando. Ante tan amplio proceso de acumulación de normas muy pronto se pudo ver que la obra no respondía ya a las necesidades de la época. Y hubo proyectos, más o menos ambiciosos, de ofrecer alternativas recopiladoras, sobre la base de nuevos volúmenes que sirvieran de complemento a los volúmenes que habían quedado ya un tanto envejecidos. Pero como esos intentos no terminaban de cristalizar y los tomos de las ediciones se iban agotando, se acudió al procedimiento de urgencia de poner al día las ediciones antiguas con la inclusión del mínimo material indispensable para actualizar la obra. Y ello con independencia de que se siguiera trabajando, en una tarea sin horizonte final, en los deseados suplementos.

Ya en la época se vio que el tema de las sucesivas ediciones no resultaba baladí; no era, por tanto, cosa de dejarlo, en manos de los editores, por muy cómodo que en principio pudiese resultar. Además de las posibles anomalías en las ediciones, estaba el problema delicado de seleccionar las normas que habían de ser incluidas en la obra, siempre escasas en número, frente al amplísimo material disponible, para no sobrecargar las ediciones y hacerlas poco menos que inmanejables. Semejantes tareas no podían quedar sino en manos de especialistas. Y así se vio muy claro en el Consejo de Castilla, que confió la tarea a personalidades del relieve de un Campomanes, como vamos a ver. Se trata, por tanto de un tema, que puede muy bien suscitar nuestro interés, por muy breves que sean nuestras observaciones sobre el particular ².

Comencemos por la edición de 1772. Para poner en marcha la

² Nos vamos a ocupar sólo de la 2.ª mitad del siglo XVIII. Por la primera mitad del siglo se haría necesaria una específica investigación a fondo que completase y matizase lo que en forma resumida se recoge en la introducción a las ediciones de la época de la Nueva recopilación, pero no es este momento de ocuparnos del tema.

edición, se abrieron al menos tres expedientes sobre la inclusión de nuevas normas en la Nueva Recopilación o en la colección de autos acordados de 1745 que le servía de complemento. Los tres expedientes llevan fechas distintas de iniciación, pertenecientes todas ellas al año anterior. Hagamos primero una rápida referencia al contenido de los expedientes.

En el primer expediente, abierto a comienzos del año 1771, se trataba de incluir dentro de la propia sistemática de la Nueva recopilación el Concordato últimamente firmado con la Santa Sede ³. En el segundo expediente —comenzado en junio— se pretendía incluir las diversas pragmáticas promulgadas en los últimos años y en el tercero, las pragmáticas de última hora ⁵.

Del análisis de los tres mencionados expedientes pueden desprenderse algunas interesantes consideraciones, sobre el método empleado en la ampliación normativa que, como hemos indicado ya, se ajustaría a unos criterios sistemáticos, en conformidad con el propio orden de la Nueva Recopilación o de su complemento, la Colección de autos acordados.

En principio al cuidado de la operación quedaría don Manuel Ventura de Figueroa, miembro del propio Consejo de Castilla. Pero muy pronto, como luego veremos con mayor detalle, entraría en juego la poderosa personalidad de Campomanes, a la sa-

³ En la portada del expediente se lee. «Expediente causado sobre incluir en la impresión que se está haciendo de la nueva recopilación el concordato del año de 1753, constituciones, Reales decretos y demás, pertinentes a su publicación.» (Archivo histórico Nacional, Consejos leg. 4176-9 1ª pieza)

⁴ He aquí la titulación general del expediente según la portada: «Expediente causado en el Consejo a instancia del señor fiscal Don Pedro Rodríguez Campomanes sobre que en la ordenación de autos acordados y decretos subcesivos al año de 1745 se añaden las pragmáticas de presentación de bulas, notarios legos, comercio de granos y otras promulgadas en fuerza de ley.» (AHN Consejos, leg 4176-8)

⁵ Aparece el expediente encabezado de la siguiente forma: «Expediente formado a instancia del Ilmo Sr Don Pedro Rodríguez Campomanes, fiscal del Consejo y Cámara sobre que se coloquen en sus respectivos títulos y libros de la Novísima Recopilación las dos Reales pragmáticas sobre juegos prohibidos y prohibición de tejidos de algodón en el Reino.» (AHN, Consejos, leg 4176-9 pieza 2.ª).

(Como se ve, ya se utilizaba por estas fechas la palabra «Novísima Recopilación», aunque referida naturalmente a la edición proyectada de la Nueva Recopilación.)

zón fiscal del Consejo de Castilla. Campomanes ya en el segundo expediente figura como responsable de la ampliación a que va a ser sometida la nueva edición.

Cabe trazar entre los tres expedientes una diferenciación bien notoria según la forma de iniciarse. En el caso del Concordato la apertura del expediente se realizó tras medias órdenes de la superioridad.

En cuanto a la puesta en práctica de las medidas una vez recibido el decreto real se pasó directamente al trámite de su cumplimiento, recabando el Consejo la documentación necesaria —la copia auténtica del decreto y de los textos complementarios— de los órganos que custodiaban, esa documentación en este caso la Secretaría del Patronato.

Distinto modo de tramitación se seguiría con las restantes inserciones de los otros dos expedientes, con una participación mucho más decisiva del Consejo. Los expedientes se iniciaron tras sendos escritos de Campomanes sobre la necesidad y modo más conveniente de proceder a la inserción de normas generales no incluidas en las anteriores colecciones. El Consejo aceptó la propuesta de su fiscal y dictó instrucciones al respecto.

Pero a su vez cabe aquí trazar diferencias entre los dos expedientes mencionados últimamente: el primero, dedicado a la inserción de las disposiciones más antiguas, planteaban problemas de búsqueda y selección de originales; en cambio, en el último caso, al tratarse de un expediente abierto sobre la marcha, para incorporar las más recientes disposiciones dictadas —las «novísimas disposiciones»— que podían aún tener cabida en la edición, es fácil comprender, en razón de las fechas, que las dificultades para la recogida del material serían de menor alcance.

Interesa reparar unos instantes en el más extenso y complicado de los tres expedientes. El escrito de Campomanes con que se inicia, aunque breve, va más allá de los planteamientos puramente editoriales y contiene datos interesantes sobre todo el proceso recopilador de la época. Pero en lo que aquí interesa, se centraba en la petición dirigida al Consejo en torno a la inserción de las nuevas pragmáticas publicadas a raíz de 1745, fecha de aparición de la última colección de Autos acordados.

Campomanes marcaba algunos criterios ejemplificadores en torno a las pragmáticas para distinguirlas de otras disposiciones;

aunque el criterio diferenciador vendría a ser, al modo tradicional, el de la solemnidad de la publicación: «como son —dirá al referirse a las pragmáticas— las de presentación de bulas, abintestatos, notarios legos, creación —de segundas salas criminales, en las de hijosdalgo—, comercio de granos, y demás que han sido solemnemente promulgadas en fuerza de públicas sanciones para que de esta manera no se pueda alegar ignorancia, ni apartarse de su decisión en los casos ocurrentes»⁶.

Lo expuesto en términos aproximativos por Campomanes en su representación fue aceptado por el Consejo. Pero hubo que pedir al archivero del Consejo lista de pragmáticas —de «pragmáticas y órdenes generales» dirá el Consejo— para proceder a su examen y valoración.

En la lista, enviada poco después, figuraban pragmáticas desde 1745 hasta el año en curso —1771— irregularmente repartidas en los distintos años⁷.

Se trataba, por tanto, de un número nada desdeñable de disposiciones que contribuirían de algún modo —respetando el orden de materias— a ampliar la configuración de la Nueva Recopilación y a contribuir a su modernización.

En torno a la lista, Campomanes elaboraría un informe en el que se indicaba la conveniencia de incluir la totalidad de las disposiciones, a tenor de las listas y en conformidad a los estilos tradicionales, esto es, respetando los proemios de las disposiciones, para recoger luego la parte dispositiva, con omisión de los demás apartados que no contribuyeran a la identificación de la norma o a dar a conocer sus aspectos puramente normativos. Había naturalmente que elaborar los epígrafes correspondientes: «con el epígrafe, nombre del rey legislador y la data con expresión del día de la promulgación.»

⁶ En el informe de Campomanes, fechado el 3 de Junio de 1771, se indica que están a punto de agotarse los ejemplares existentes de la Nueva Recopilación, por lo que se hace necesaria una nueva edición con los aumentos necesarios.

Es curioso que se hable aquí de un quaderno suplemento a la edición de autos acordados de 1745, en cuya ordenación venían trabajando los fiscales del Consejo. Esta sería una de las primeras menciones del suplemento a la nueva recopilación del que nos hemos ocupado de este mismo Anuario.

⁷ El escrito con la lista de disposiciones lleva fecha de 18 de Junio de 1771

Tras esta declaración de tipo general, Campomanes introduce, sin embargo, algunos correctivos, desde la sustitución de una disposición de la lista por otra posterior, hasta una serie de añadidos en base a disposiciones que sirvieran de complemento o ampliación a las normas incluidas en la lista ⁸.

En cuanto al último expediente, no hubo problemas con la inserción de las pragmáticas publicadas en el año 71. Se trataba sólo de dos pragmáticas sobre juegos y prohibiciones de introducir en el reino tejidos de algodón. Campomanes pidió al Consejo la oportuna autorización, que fue concedida, tras solicitar copias certificadas de los ejemplares a la Secretaría de Cámara de gobierno.

Pasemos ahora a analizar muy brevemente el despliegue de otras ediciones. A poco de ser publicada la edición de la Nueva Recopilación, a que hemos hecho referencia, quedaron agotadas las existencias de ejemplares —2.000 ejemplares—. La compañía de librerías e impresores de Madrid —a cuyo cargo había estado la edición— se dispuso a tirar dos nuevas ediciones, una de bolsillo y otra de formato más amplio en tres volúmenes en folio, para lo que recabó del Consejo la oportuna licencia de impresión ⁹. Concedida la licencia, Campomanes revisaría atentamente el texto de la edición —al modo de un experto corrector de pruebas— sin abandonar por eso su tarea conocida de promover y aumentos normativos para la nueva edición en folio.

En el primer aspecto Campomanes no se limitó a cotejar las pruebas con los textos aportados para la impresión, sino que se remontó a las ediciones antiguas de la Recopilación —desde la edición de 1592— para hacer un repaso crítico del tema y advertir una serie de errores que se venían arrastrando en las sucesivas ediciones: textos cambiados, impresos fuera de lugar o data-

⁸ El Consejo enviaría un escrito a Campomanes indicando que se conformaba en todo con su propuesta y que en consecuencia dictaba las órdenes oportunas a fin de poner la propuesta en ejecución.

⁹ El escrito de la «compañía de impresores y librerías de esta Corte» figura —sin fecha— al principio del expediente abierto con el siguiente encabezamiento: «Expediente formado por la Compañía de Ympresores y librerías de esta Corte sobre que se les conceda licencia para Ymprimir en tres tomos la nueva Recopilación.» (AHN leg. 4176-9 pieza 3.ª)

ciones equivocadas. Y a tal fin elevaría un memorial al Consejo, junto a una detallada lista de errores introducidos en las impresiones. En el propio memorial Campomanes proponía que de acuerdo con los usos establecidos se añadieran las más recientes pragmáticas.

Al Consejo le fueron remitidos ejemplares de pragmáticas y reales cédulas (2 pragmáticas y una real cédula del 72; 2 reales cédulas y una pragmática del 73; una pragmática del 74) que fueron, todas ellas aceptadas por Campomanes «como leyes que deben constar al público e incorporarse en la Nueva Recopilación». Y no sólo esto: Campomanes confeccionaría asimismo «los epígrafes, datas y disposiciones de títulos en que deben incorporarse». No se quería dejar nada a la improvisación.

Había un añadido más, esta vez a instancias de un organismo paralelo al Consejo de Castilla: el Consejo de Guerra. Se trataba de incluir las ordenanzas del Consejo recientemente promulgadas. Dada la importancia del tema, no hubo dificultad alguna en su inclusión.

III. PROYECTO DE «NUEVO CODIGO» PRESENTADO A GODOY

Como hemos advertido ya la situación normativa de España en la segunda mitad del siglo XVIII resultaba cada vez más difícil y comprometida. A la profusa y enmarañada sucesión de normas se añadía el fracaso de los intentos más notables de poner al día la obra recopiladora. Por doquier, entre los espíritus más ilustrados, se consideraba la situación como insostenible, sin que faltasen algunas propuestas reformistas, de mayor o menor dosis de radicalidad ¹⁰. Había que poner remedio al caos normativo. Pero una cosa era formular deseos o apuntar planes y otra muy distinta cambiar en la práctica la situación.

A fines de siglo se elaborará un plan de reforma de legislación que, al margen del Consejo de Castilla, sería llevado con sumo se-

¹⁰ Véase sobre el tema B. Clavero, *La idea del código en la ilustración jurídica en Historia, Instituciones, Documentos*, 6 (1979) 1-40.

creto por la vía de la primera Secretaría de Despacho. El propio Godoy intervino muy directamente en la tramitación del plan, sin duda por no perder la esperanza de que algún día, alguien pudiera formular ideas suficientemente originales y renovadoras como para poner algún remedio a la situación normativa. El fracaso del proyecto no significa que deba seguir permaneciendo en el olvido, como hasta ahora parece haber sucedido. Conviene por ello recordar las líneas generales del proyecto y los principales avatares a que diera lugar.

Todo comenzó con un escrito de Antonio Viegas dirigido a Godoy en el que, tras resaltar la calamitosa situación por la que atravesaba el país en punto a legislación, se ofrece a «regenerarla». Para lo cual se compromete a presentar a la mayor brevedad un «plan científico» —expuesto a través de sus principios, máximas y estructuración— al objeto de elaborar un código «breve, sencillo, accesible y acomodado a la situación», que serviría a modo de «constitución» para las etapas venideras. Se completaría el proyecto con un «plan económico» en el que se detallaría el coste aproximado de la operación. Ni que decir tiene que en el escrito figuraban los consabidos elogios a Godoy, que tanto se prodigaban en la época ¹¹.

El escrito debió atraer la atención de Godoy a juzgar por la nota marginal puesta al escrito de mano del propio Godoy y por la respuesta oficial que se dio al ofrecimiento de Viegas en los siguientes términos:

«Aunque la empresa de regenerar nuestra legislación no presenta por sí facilidad para su ejecución; pero como de lograrse éste, resultaría el mayor bien a la nación y Vm se ofrece a ello, según propuso en papel de 25 de septiembre último, espero forme Vm y me remita el plan que tiene pensado sobre este importante objeto» ¹².

¹¹ El escrito de Simón Viegas está fechado el 25 de Septiembre de 1796. Lleva una nota marginal de Godoy indicando que se forme el plan y le sea remitido.

El escrito y la documentación, de que iremos dando cuenta en las notas siguientes, mientras no se diga lo contrario, se conservan en AHN, Estado leg 3249. Baste aquí esta referencia general para aligerar las citas de este apartado.

¹² El escrito de Godoy se redactó en San Lorenzo del Escorial con fecha 6 de Noviembre de 1796.

Henos aquí, pues, frente a frente al ministro más poderoso de la época y a un abogado madrileño, tal vez hoy desconocido, y que gozó por aquel entonces de cierta fama y de una no desdeñable influencia ¹³. Pero para tener más noticias sobre el proyecto había que esperar al año siguiente.

Antes de presentar su plan de código Viegas elevaría un escrito a Godoy en el que solicita se le tenga presente para el empleo de fiscal del Consejo por muerte de Juan Pablo Forner ¹⁴.

En cuanto al plan propiamente dicho sería remitido a Godoy en mayo de 1797 a través de un escrito de presentación en el que se reiteran puntos de vista ya conocidos sobre la participación de Godoy en el plan ¹⁵.

En realidad se trataba de un plan expuesto en dos versiones. Una amplia, puntual y detallada, donde el autor ofrecía sus puntos de vista sobre el nuevo código, con algunas referencias doctrinales, y proponía en un segundo apartado los medios de financiación. Y una segunda versión, abreviada y esquematizada, en la que se habían seleccionado los pasajes más descriptivos del plan extenso, sin ninguna referencia al tema de la financiación. Contaba esta simplificada exposición con un añadido, a modo de apéndice, en el que se ponían ejemplos de dos futuras leyes, caracterizadas según subraya el autor, por su "sencillez y fácil comprensión" ¹⁶.

¹³ En la documentación que iremos revisando Viegas aparece como abogado de los reales Consejos, y con importantes cargos en la famosa academia de Jurisprudencia de Santa Bárbara. Como luego veremos, a pesar de la petición de algún empleo oficial, Viegas mismo confesará que dispone de una desahogada situación económica, lograda sin duda a través del ejercicio de la abogacía.

En cuanto a Godoy, hoy se tiende a reivindicar en parte su figura —tan denostada desde su época— poniendo el acento en su postura favorable a la Ilustración y en sus proyectos reformistas (desde Seco Serrano en el prólogo a las memorias de Godoy, hasta Aymard, al ocuparse de la Guerra de Independencia).

¹⁴ Sobre Forner todavía sigue teniendo interés por los datos que aporta María Jiménez Salas, *Vida y obras de Don Juan Pablo Forner* (Madrid, 1944). En los últimos años se han publicado diversas obras de Forner con interesantes prólogos.

¹⁵ El escrito de Viegas es de 10 de Julio de 1797. Al margen del escrito hay una anotación manuscrita de Godoy indicando que se pase el escrito a informe de Pérez de Lema.

Al final del escrito Viegas señala que la dotación económica que solicita en el plan presentado no reza con él en el supuesto de que fuera elegido.

¹⁶ Este segundo plan abreviado lo publicamos en Apéndice.

Ante un proyecto de tales proporciones, se comprende que Godoy, tras alguna leve anotación marginal en el plan abreviado, no muy positiva, pasase la documentación a informe de una persona de su confianza. Como luego veremos con mayor detalle, el informe del comisionado no pudo ser más negativo. Godoy, a la vista del informe, daría órdenes para que con toda discreción se hiciera saber al autor que el plan no iría adelante. Veamos someramente algunos aspectos del plan de nuevo código, a través del examen complementario de las dos versiones antes referidas.

El Código estaría formado por cuatro partes, conforme al siguiente orden de materias: El Rey, la Religión, la Economía civil y el «Derecho particular» (lo que vendría a ser en este último caso algo así como lo que de forma poco precisa suele conocerse en los programas de nuestra disciplina como «Derecho privado, penal y procesal»). Y el autor, puntualmente va desarrollando el contenido de cada una de estas partes aunque sin utilizar unos mismos criterios de clasificación, como se advierte al hablar indistintamente de títulos, artículos y capítulos. Pero no le vamos a seguir punto por punto en sus clasificaciones, ni siquiera a través de su exposición más abreviada del proyecto, que por otra parte puede verse transcrita en nuestro apéndice. Tan sólo vamos a destacar algunos aspectos de su exposición, tomando a un tiempo en consideración las dos versiones de su programa.

Una exposición que no comienza al modo tradicional con las consiguientes invocaciones de tipo religioso de los antiguos cuerpos legales. Es el rey, quien empieza «anunciándose a sí mismo, como jefe supremo rector del cuerpo político». De todo lo cual tomaría buena nota tanto Godoy como el autor del informe para rechazar el proyecto. Por mucha ilustración de que se quisiera hacer gala, aquel era un comienzo muy difícil de sobrellevar.

Tampoco era fácil de asimilar su proclividad hacia el divorcio, aún basándose en la infidelidad conyugal, con unos medios probatorios más flexibles y adecuados. Pues en definitiva toda la argumentación en pro del divorcio, venía a descansar en la constatación de que una pareja que va mal, debía separarse, para evitar sufrimientos y males mayores. Argumentos de corte moderno, pero formulados muy tempranamente.

En cuanto a los delitos y penas, Viegas pretende ser original, sin retroceder ante las opiniones de los más famosos juristas y pe-

nalistas de la época. Se equivoca Filangieri, al exponer «los principios en que se basa la postestad penal». Y al Marqués de Beccaria le sucedió lo mismo, «con la diferencia de que admitió principios más absurdos, más erróneos y más peligrosos». Frente a tales principios, Viegas va exponiendo los que considera fundados en razón. Y junto a los principios, las reglas:

«Primera, las penas no pertenecen a la venganza, sino a la defensa.»

En cambio otras materias, que no figuran habitualmente con un mínimo de extensión en muchos cuerpos legales deben ser objeto de particular atención en el nuevo código. Así todo lo referente al fomento del trabajo y a la erradicación de vagos y ociosos, o lo que atañe a la protección del honor, más allá del mero tratamiento penal; y en este sentido es curioso asimismo lo que dice en relación con los duelos, que no tendrían por qué ser suprimidos pero sí fuertemente controlados.

Todo este programa teórico-práctico debía tener su fiel reflejo en el estudio del Derecho en las Universidades. Había que dictar leyes para que los conocimientos legales se adecuasen a las verdaderas necesidades de la sociedad «habrá que corregir los métodos de estudios de las Universidades, formando un sistema uniforme de educación literaria cual convenga a los designios del gobierno». Solo que el desarrollo de este programa habrá que hacerlo de forma reglamentaria.

Al tratar del tema de los estudios jurídicos Viegas no quiere dejar pasar la ocasión de manifestar su opinión sobre ciertas obras de Derecho que se venían utilizando en las Universidades a pesar de sus defectos. Recordemos lo que tan duramente dice a propósito de Antonio Gómez:

«el haberse mandado por exemplo en el método de estudiar en Salamanca que las Leyes de Toro se estudien por los comentarios de Antinio Gómez es un error que absolutamente degrada la opinión de sabiduría de los doctores en Jurisprudencia que le propusieron y que tampoco hace honor el Consejo que lo mandó porque ni de las Leyes de Toro se debe hacer un estudio separado, ni cuando se hubiese de hacer se debían estudiar por el comentario de Gómez, que ni los entendió ni lo que él hizo es comentario, ni es nada más que un amontonamiento de teorías inútiles, cavilaciones y cuestiones pueriles, que solo pueden serbir

de testimonio del cortísimo talento y vana ocupación en que empleó su vida el susodicho Antonio Gómez. Y en esto emplean una cátedra y consumen un curso entero en Salamanca».

Con lo reseñado basta para hacernos una idea sobre los peculiares planteamientos del proyecto de código formado por Viegas. Tan peculiar, como que se trata de un conjunto de ideas en torno a la dirección en que debería moverse un hipotético legislador. Sólo que con lo expuesto en los dos planes de Viegas es difícil saber cual hubiese sido el resultado final del nuevo código. Las dos leyes que se ofrecen a título de ejemplo en el proyecto abreviado apenas sirven para vislumbrar la pobreza sintáctica en la que quería moverse el autor, que no guarda mucha relación con la prosa exhibida en su plan más detallado.

Pero antes de terminar con los proyectos del abogado Viegas debemos referirnos a su «plan económico», que no deja de tener asimismo peculiares dignas de recordar. El código debía ser obra de un sólo autor, y para ello es de todo punto necesario que no pase apuros económicos. Como se calcula que el tiempo aproximado para terminar la obra sería de diez años, Viegas considera necesario que el autor reciba el nombramiento de consejero de Estado, con sus correspondientes emolumentos. Y debía contar con los auxilios necesarios, tanto de personal colaborador, como de amanuenses.

En cuanto al destino de la obra no admitirá crítica ni interpretaciones. O se acepta como tal o se rechaza de plano el proyecto.

Habrà una junta de ministros, sin sueldo, para proponer observaciones; pero con un carácter meramente consultivo. Sólo el autor del código estará capacitado para tomar en consideración, si lo estima oportuno, las opiniones de la junta.

Con lo expuesto anteriormente en el proyecto económico, se comprende el juicio que merece la obra a Pérez de Lema, comisionado por Godoy para emitir un informe sobre el proyecto. Se conserva el amplio informe de Lema, que como advertimos al principio, no pudo ser de mayor dureza. Recordemos sus líneas generales.

El tono general del informe es de sarcasmo, como se advierte ya inicialmente al referir las pretensiones del autor: «desterrar

nuestras tinieblas y miserias e introducir las luces que necesitamos para nuestro bien y felicidad».

Todo ello estaría muy bien si no fuera a costa de los demás. De ahí que Lema no quiera entrar en el pormenorizado análisis del proyecto y se limite a destacar algunos de los planteamientos iniciales de Viegas, especialmente cuando se ofrece a «regenerar» la legislación y «formar una constitución para los siglos futuros». Según Lema se trata de un iluso y un pedante que quiere hacer con solas sus fuerzas lo que tantas generaciones no han podido realizar; una especie de «don Quijote, en la primera de sus aventuras que fue la de los molinos». Pretende además erigirse en un nuevo legislador, sin que nadie, ni los miembros de la junta, puedan poner cortapisas a su «absolutismo»; y no contento con esto, aún pretende sacar beneficios de la empresa.

No sigamos con el informe. A pesar de las iniciales expectativas, no necesitaba más Godoy para archivar el proyecto, en el que ya había advertido su falta de viabilidad en una rápida hojeada al «plan» más breve.

A pesar de lo cual el proyecto contiene planteamientos y valoraciones que pueden servirnos para conocer la opinión de un influyente abogado madrileño con deseos poco disimulados de alcanzar notoriedad.

IV LA NOVÍSIMA RECOPIACION Y LA CENSURA DE LIBROS Y FOLLETOS

Como es bien sabido, la Novísima dedica el título 9 del libro VIII a los libros y folletos prohibidos. Pero no siempre los historiadores han reparado en este título al ocuparse de la censura. Y hasta ahora que sepamos, no ha sido objeto de consideración crítica, poniendo en relación la Novísima con las fuentes manejadas por Reguera, como vamos a intentar aquí hacer aunque sólo sea con aquellas normas que tratan de obras concretas.

Se trata de un título en el que se mezcla lo general con lo minucioso y concreto, con el acento puesto en este segundo aspecto. A unas cuantas normas de tipo general sobre censura de libros —que sólo representan una pequeña parte de lo legislado sobre la materia— acompañan una serie de prohibiciones de escritos

concretos; pero no a través de una lista sino, por lo general, reservando una ley para cada uno de los escritos. Lo que complica el tema, hace predominar la casuística en esta materia y no parece acomodarse con el plan recopilador inicialmente marcado. Y todo ello sin contar las obras mencionadas en notas a la Novísima.

Por otro lado en la tradición recopiladora de la Corona castellana no hay nada parecido. Ni, como es natural, en los primeros ensayos de tipo recopilador —las denominadas Ordenanzas reales de Castilla—, ni en la Nueva Recopilación ni en su puesta a punto a base de autos acordados. Y lo mismo sucede en los fallidos proyectos con que quiso ponerse al día la obra. Sin duda se trata de dar una respuesta a los problemas originados por la Revolución francesa y por lo que se considera influencia perniciosa del pensamiento revolucionario. A lo que se añaden algunos otros textos que puedan resultar peligrosos en el ámbito religioso-político, como sucede especialmente con los temas relacionados con la expulsión de los jesuitas, cuya huella aún se detectaba en la época de Reguera ¹⁷.

Procuraremos examinar las obras prohibidas de acuerdo con ese doble planteamiento, dejando a un lado las normas de tipo más general que —estas sí— podían encajar mejor en un proyecto recopilador de amplios vuelos. Y, siempre que podamos, recurriremos no sólo a las normas originales, sino a su propio proce-

¹⁷ El rigor con que en principio había Reguera planteado la configuración de la Novísima —yendo mucho más allá de lo que se venía haciendo y con toda una nueva sistemática— no se compagina muy bien con el título VIII dedicado a los libros prohibidos, en el que predominan los planteamientos concretos y casuísticos y en donde apenas se dan unas cuantas normas de tipo general sobre la materia. Uno de los argumentos manejados por Reguera al hacer la crítica de los trabajos emprendidos en torno a Recopilaciones antiguas fue el de haberse dejado llevar con frecuencia por la casuística y el excepto afán reglamentario, con olvido notorio de los aspectos más globales o generales, propios de las normas de mayor rango. Y henos aquí con que Reguera considera ahora como normas —dignas de figurar en la Novísima prohibiciones de escritos concretos, a cada uno de los cuales por lo general— se les dedica toda una ley. En la amplia y retardataria Recopilación pudiera haber sucedido que desde las más altas esferas gubernativas le impusieran a Reguera las líneas generales de semejante título, al tratarse de una materia, como diríamos hoy, de por sí, muy politizada y conflictiva. en el estado actual de la investigación resulta difícil responder a esta pregunta

so de promulgación para tratar de ver el grado de manipulación en los textos llevado a cabo por Reguera. Se trata de un minucioso y en principio poco grato trabajo de compulsas de las normas recopiladas con sus originales; pero que puede tal vez resultar fecundo a la hora de enjuiciar a título de ejemplo el trabajo de adaptación normativa llevado a cabo por Reguera, en una obra tan importante como poco estudiada desde el ángulo de las fuentes jurídicas¹⁸. Y vayamos sin seguir un orden cronológico a las normas concretas.

En la ley núm. 10 la prohibición va dirigida contra la obra titulada *Año dos mil quatrocientos quarenta*. Por el epígrafe antepuesto a la ley sabemos que la prohibición se dictó por la doble vía de «resolución y cédula del Consejo» a 17 de marzo de 1778, según datos que cabe comprobar, como a continuación veremos, por más que pueden inducir a cierta confusión, al haber indicaciones en el texto recogido en la Novísima sobre la doble vía a que acabamos de hacer referencia, que no termina de acoplarse conforme a lo indicado en la rúbricas.

Aunque, en efecto, la parte dispositiva ha sido en esta ocasión respetada con bastante puntualidad y extensión —a salvo algunas correcciones de tipo técnico— lo cierto es que Reguera ha tratado de refundir las dos disposiciones en una, a base de suprimir ciertos pasajes de las dos disposiciones y de imprimir unidad conjunta a la redacción. Mientras en el original se trataba de una real cédula, que incorporaba como antecedente y punto de partida normativo una real resolución —cada cual con su propia redacción— Reguera ha reelaborado el texto para dar la impresión de una sola disposición, con lo cual se evitan repeticiones en los textos. Pero se pierde el hilo histórico y no queda aclarada la original forma de proceder, en el ámbito normativo.

A través de la disposición original, se puede reconstruir el doble planteamiento normativo: Ante todo, según se indica, en el

¹⁸ Cabe establecer un curioso contraste entre la abundantísima y a veces poco crítica utilización que se ha venido haciendo de La Novísima, a la hora de citar disposiciones, y la falta de atención por parte de los estudiosos al proceso de redacción de la obra o al estudio de su propia estructuración, más allá de la demolidora crítica realizada por Martínez Marina. Un repaso de urgencia sobre el proceso de elaboración de La Novísima puede verse en nuestro libro *Derecho y administración pública en la España del Antiguo Régimen* (Madrid, 1985) 130-142

texto, la resolución real fue comunicada por el secretario de Estado y del despacho de Gracia y Justicia don Manuel de Roda. Y en la resolución se recogen algunos datos sobre la introducción en España de libro tan pernicioso como el que va a ser objeto de la prohibición. Libro publicado en Londres con carácter anónimo y sin nombre de impresor, y que contiene ataques despiadados a la iglesia y al poder temporal, «con horrendas invectivas contra los soberanos y señores temporales sus leyes, Ministros y Magistrados y contra el orden político y común gobierno de los estados conmoviendo los ánimos a la independendencia, y absoluta libertad, y conspirando a una entera, y lamentable anarquía».

En consecuencia el rey se ve «obligado a determinar no solo a que se condene por el Tribunal del Santo Oficio este perverso libro, sino tambien haga el mi Consejo se quemem publicamente por mano del Berdugo todos los exemplares, que se encuentren, a cuyo fin se harán las pesquisas necesarias. Que se ponga el mayor cuidado en todos los puertos, y fronteras de mis Reales Dominios para que no se permita en adelante introducir exemplar alguno de tan pernicioso libro, imponiendo las mas severas, y graves penas a los contraventores; y que asimismo se tomen por el mi Consejo todas quantas providencias dicten la prudencia, y reglas de buen gobierno para preservar a estos fieles, y católicos estados de una peste mortal, que si no se ataja con tiempo, puede acarrear los mas graves daños, y perjuicios».

Para dar publicidad y cumplida ejecución a la norma se dictaría una real cédula en la que se vuelve a insistir en el contenido de la disposición y se puntualiza todo lo relativo a la toma de medidas sobre recogida y quema de ejemplares.

En suma las dos etapas normativas —real resolución y real cédula— en la versión de Reguera aparecen refundidas, como si se tratase de una única disposición; y ello con independendencia de las indicaciones poco precisas del epígrafe ¹⁹.

¹⁹ La Real Cédula lleva el siguiente encabezamiento «Real Cédula de S.M y señores del Consejo, por la qual se prohíbe la introducion, y curso en estos Reynos de un libro intitulado Año 2440, con la data de su impresión en Londres año de 1776, sin nombre de Autor, ni de Impresor » (AHN, Reales Cédulas, 467)

Siguiendo la Novísima se ocupa del *Diario de Física* Don Antonio Rumeu, *Historia de la censura literaria en España* (Madrid, 1940) 70-1 Véase también las páginas siguientes para otros textos de la Novísima

Las leyes núms. 7 y 8 responden a un mismo plan de selección y adaptación. Se trata en ambos casos de la inclusión en la Novísima de reales provisiones —una en el primer caso y dos en el segundo— convenientemente recortadas para dejar sólo la parte normativa más importante. Para ello se han tenido que dejar fuera de la Novísima diversos pasajes de las normas originales; a la vista de los cuales puede ahora reconstruirse la pequeña historia por la que atravesaron tales normas hasta ser incluidas en el marco recopilador.

Digamos finalmente que ambos casos se proyecta la prohibición sobre textos de reducidas proporciones, una especie de folletos, redactados en italiano, y sobre parecida temática.

En la núm. 7 se trata de prohibir un escrito a nombre de un obispo que va dirigido a un cardenal de Roma. Según reza el epígrafe recogido en la Novísima —que viene a coincidir en parte con el epígrafe puesto en portada de la disposición original—, tal «libelo sedicioso» se supone impreso en Amsterdam «El año de 1776».

Para dar cumplimiento a la disposición, las justicias debían recoger los ejemplares de la obra «haciendo se quemem publicamente y formalizandose por las justicias procesos informativos del hecho». Pero hay que advertir que las actuaciones de la justicia no se limitarán sólo a la obra reseñada, sino que se harán extensivas a «otros papeles contra las regalías de la corona o tocantes a cuales quiera providencia del gobierno o de la extinguida orden de la compañía».

Como puede verse, el proceso de generalización de la norma fue muy amplio. De un caso concreto se pasa a una serie de supuestos de la más varia configuración. Sólo las referencias a los jesuitas pueden servir —desde el contexto de la ley a la propia temática del título— para determinar en que línea específico se mueve la disposición.

Pero veamos más en concreto el método seguido por Reguera al seleccionar los pasajes. Lo que nos obligará a hacer breve referencia a la estructura general de la disposición original.

El encabezamiento de la disposición dice así: «Real Provisión de S.M. y Señores del Consejo, por la qual se prohíbe la introducción, y curso en estos Reynos de cierto Libelo sedicioso, que se supone impreso en Amsterdam, año de 1776, y otro, ú otros de su

especie, escritos por Individuos de la Extinguida Orden de la Compañía, de que se intenta hacer lo mismo, y se mandan recoger con otros cualesquiera de las circunstancias que se refieren. Año 1777». Reguera ha fragmentado y recortado, en su epígrafe puesto a la disposición, el tenor del encabezamiento; lo que resulta muy fácil de comprobar ²⁰.

En cuanto al texto se ha prescindido de las cláusulas iniciales —con la solemne intitulación real— y finales. Y lo que es más importante: se ha dejado fuera la amplia exposición de motivos que viene a ocupar buena parte de la disposición en su conjunto. Y lo que se ha dejado fuera puede hoy resultar muy interesante para el historiador o el historiador del derecho. Hagamos un breve repaso sobre el tema.

Recuerda en primer lugar la disposición original los importantes textos normativos en los que se prohíbe a los miembros de la compañía cualquier género de manifestación a través de la imprenta. Semejantes prohibiciones no se han guardado, como sucede con la «Letera del Vescobo». Ya el Papa prohibió el libelo a través de un edicto calificándolo de «maligno y reprobabilísimo»; a mayor abundamiento dio orden circular a los obispos para que lo censurasen como temerario. En torno a otros libelos de los que se tienen noticia en España sobre su posible introducción, se han adoptado en las aduanas las oportunas medidas para que no se introduzcan y divulguen con las penas contempladas por la real pragmática de «estrañamiento» de 2 de abril de 1767 y órdenes complementarias. De todo ello se ha pasado aviso al inquisidor general. El Consejo de Castilla intervendría a continuación pidiendo informe a los fiscales; informe que sería emitido con todo género de detalles y que aparece resumido en la Real Provisión. Según los fiscales los miembros de la extinguida orden están sujetos a una muy estricta observancia de las disposiciones sobre censura y muy especialmente en lo referente a las sátiras «que fué una de las causas que durante su existencia hizo incompatible esta Orden en los estados políticos». A pesar de la cual «el abuso de las sátiras parece que se ha hecho demasiado frecuente, fiándose sus autores y expendedores en la impunidad que presta la distancia».

²⁰ AHN, Reales Cédulas, n.º 428

De ahí la necesidad de aplicar las penas que se contemplan en la legislación y especialmente de privación de alimentos en particular o en común.

Tras el informe de los fiscales el Consejo de Castilla elevó consulta al rey sobre el particular de la que dimanó el decreto real contenido en la Real Provisión.

En definitiva podemos decir que todo el proceso de tramitación de la norma ha quedado fuera del texto de la Novísima. Reguera ha ido directamente a la parte normativa del decreto. Una vez más ha sido fiel a su planteamiento de la Novísima Recopilación como obra de un jurista más que de un historiador.

En la ley núm. 8 Reguera tuvo que emplearse más a fondo en los recortes. El original de la disposición incorpora a la letra el texto latino de un Breve papal de una cierta extensión —con su correspondiente traducción al castellano— por el que se prohíbe la *Memoria católica* ²¹. A la disposición papal se añadirán las medidas tomadas en el ámbito secular. Pues bien, Reguera se limita a insertar la parte dispositiva de lo acordado por esta segunda vía, con lo que deja fuera de la Novísima la mayor parte de la disposición original, incluido todo lo referente a la tramitación de la norma con la participación de Floridablanca y del traductor general de lenguas, Felipe Samaniego.

Para ilustrar la prohibición del *Diario de física de París* al que se dedica una de las leyes de la Novísima en la línea que estamos apuntando, —ley núm. 12— contamos con un amplio expediente conservado en el A.H.N. que nos permitirá entrar en contacto con el proceso de elaboración de la norma en cuestión ²².

²¹ Un ejemplar de la disposición puede verse en AHN, Reales Cédulas, n.º 572.

²² AHN Consejos, leg. 1594-9. En realidad el *Diario de Física* corresponde a los tomos XXXVI y XXXVII de las *Observations sur la Physique, sur l'histoire Naturelle et sur les Arts*, correspondientes a Enero y Julio de 1790

Los dos volúmenes —ambos de 480 págs— pueden verse en el citado legajo. En una esquila se dirá «en este discurso preliminar se revelan con entusiasmo todos los principios de la Revolución Francesa y se avanzan proposiciones injuriosas a todos los monarcas de la Europa, capaces de inducir a un espíritu de insurrección y de independencia »

Constituyen, en efecto, el discurso preliminar, parte primera, una amplia exaltación de la libertad frente a la tradicional opresión. Y todo ello ha sido posible en algunos países de Europa por influjo de la filosofía y de la ilustración. Muy

Se inicia el expediente con un oficio firmado por Floridablanca en el que de orden del Rey se reseñan los trámites a seguir para prohibir la obra titulada *Diario de Física de París*. Tras una introducción sobre la actitud de aquellos franceses «partidarios de la independencia de todas las potestades» a través de una amplia publicística que llega a afectar incluso a obras de tipo puramente científico, como el citado diario, se encarga al Consejo de Castilla proceda a prohibir la entrada y difusión del susodicho diario y de «cualquier otra (obra) en francés sin licencia». Es importante constatar que el escrito de Floridablanca sería el núcleo de la disposición elaborada después como Real Cédula.

Recibida la orden en el Consejo de Castilla se procedería a ejecutarla, mandando remitirla a informe fiscal. Y los fiscales se limitarían a indicar la forma de hacer circular la disposición para que llegase la noticia a las autoridades afectadas por la orden. Finalmente a la vista del informe fiscal el Consejo ordenaría redactar y publicar una Real Cédula en base a la orden real comunicada por Floridablanca.

Fue así como redactaría la Real Cédula de 9 de diciembre de 1791, con el siguiente encabezamiento: «Real Cédula de S.M. y señores del Consejo por la cual se prohíbe la introducción y curso en estos reynos de los dos tomos del *Diario de Física de París* correspondientes al año de mil setecientos noventa y de los que en adelante se publiquen de la expresada obra, y de cualquiera otra en francés, sin licencia de su Majestad.»

Si se compara la Real Cédula con la Real Orden reseñada, cabe observar una total identidad en la parte dispositiva, a salvo los consabidos añadidos de las cláusulas iniciales y finales y aquellos otros de carácter puramente formal que sirven para caracterizar a las Reales Cédulas como tales disposiciones.

En cuanto a Reguera en este caso se limitaría a insertar la Real Cédula prácticamente a la letra con las consiguientes supresiones de las cláusulas iniciales y finales y de todo lo referente a

pronto otros pueblos, aún encadenados, según el discurso preliminar, se verán libres del despotismo y la tiranía. Tal viene a ser el tono general de discurso antes de ocuparse de otras materias. Psicología, Historia natural, Medicina, Zoología, etc

la participación de Floridablanca en el proceso de elaboración de la norma.

Por real provisión sería prohibido el discurso titulado *Punto de disciplina eclesiástica* que figura en la Novísima como Ley núm. 9, del título que nos ocupa. Se trata de una disposición sumamente casuística aunque no exenta de complejidad que Reguera trasladó a la Novísima tomando en consideración únicamente los aspectos meramente normativos. Y es curioso señalar que lo que Reguera dejó fuera de la Recopilación puede hoy interesar al historiador por anecdóticos que resulten algunos de sus planteamientos.

Podemos así conocer por la disposición original el nombre del autor de la obra prohibida y sus manejos y manipulaciones, muy poco acordes con su profesión. Se trataba del sacerdote Juan del Alba que se titulaba «doctor en cánones, misionero y director en ejercicios de señores eclesiásticos». El Consejo pudo comprobar que el doctorado lo había obtenido sin cumplir los requisitos legales y había cometido falsedades en el propio título de bachiller. Por lo demás había llevado una vida eremítica, fuera de cualquier género de control o medida. Todo lo cual se reflejaba en la obra objeto de prohibición en la que se mezclaban los errores con la falta de formación.

Estos y otros datos recogidos en la disposición original, que va transcrita en nuestro apéndice, permite apreciar la compleja estructuración de la normativa del Antiguo Régimen en la que se mezclan planteamientos casuísticos con normas concebidas con un amplio grado de generalidad²³, lo que con la Novísima en la mano —tras los recortes de Reguera— no cabe apreciar con el mismo grado de nitidez. Una vez más hay que repetir que Reguera —con independencia de los defectos en que incurriera— procedió con mentalidad más de jurista que de historiador a la hora de hacer los retoques en los originales de las disposiciones.

En el caso de la prohibición de la *Historia imparcial de los jesuitas* la labor de Reguera fue mucho más sencilla. Al ser una disposición de estructura poco compleja, se limitó a prescindir de

²³ Hemos transcrito la disposición en nuestro apéndice. Para la tramitación del expediente del que dimanó el texto legal AHN, Consejos, leg. 3956.

las cláusulas iniciales y finales para insertar prácticamente a la letra el contenido de la norma original ²⁴.

Por otro lado, en notas a la Novísima aparecen citadas y en ocasiones brevemente resumidas, numerosas obras hasta las que se extendió la prohibición ²⁵. Pero no parece que existan razones de peso para explicar tan desigual tratamiento entre unas y otras disposiciones, al menos en términos generales. Algunas disposiciones de última hora pudieron recogerse en notas, para no alterar las líneas generales del texto de la Novísima ²⁶. El menor rango de las disposiciones apuntadas en notas no sirve para explicar cumplidamente la diferencia de trato, pues si es cierto que a pie de página no se hace referencia a reales cédulas, no es menos cierto que en el propio texto de la Novísima al lado de las reales cédulas se insertan otro tipo de disposiciones, como provisiones del Consejo. Sea como fuere, las notas servirían para aligerar el texto y librarle así de un casuismo que se hubiese hecho interminable.

No es este el momento de referirnos punto por punto a los textos anotados, que nos llevaría a un parecido callejón sin salida casuístico, cuando menos en un trabajo de esta índole. Sólo haremos algunas someras observaciones.

Las notas no parecen hechas apresuradamente a la vista sólo de los encabezamientos de las normas, sino tras haber cobrado conciencia del contenido de la disposición; basta comparar los breves resúmenes de las notas con los textos de las disposiciones que hemos podido localizar. Hay algún pequeño error en cierta ocasión ²⁷. Y se han sabido sortear asimismo los aspectos que pu-

²⁴ Para el cotejo con la disposición original AHN, Reales Cédulas n.º 268

²⁵ El propio Anes que dedica todo un apartado de su libro al tema de los libros prohibidos no se refiere a la Novísima Recopilación a pesar de que algunos de los textos a que hace referencia se encuentran recopilados (citará la Novísima al referirse a los periódicos)

²⁶ Hay en las notas disposiciones de 1804 cuando ya estaba la Novísima a punto de concluirse.

²⁷ Así en la nota 21 de la Novísima la real orden por la que se prohíbe la introducción de la constitución francesa de 1793 lleva fecha de 14 de Septiembre. Por su parte Anes da la fecha de 4 de Septiembre (*Economía e Ilustración* [Barcelona, 1969] 160)

dieran resultar más conflictivos ²⁸. Y por supuesto, por amplio que sea el número de disposiciones —resumidas en notas o insertas en el texto, en la forma que veíamos— no quedaba agotada la materia de tal suerte, al no encajar en la Novísima amplio número de libros o folletos que fueron objeto de particular censura. Pero con lo incorporado bastaba para hacerse una idea suficientemente amplia de las prohibiciones que pesaban sobre libros y folletos y del talante poco flexible de la Novísima y de su autor material, como el tiempo demostraría.

Antes de terminar quisiéramos hacer algunas observaciones de conjunto, aunque de carácter provisional.

a) En la Novísima se recogen, entre texto y notas, prohibiciones concretas de libros y folletos disposiciones que sirven para hacernos una idea bastante precisa de la censura gubernativa a fines del Antiguo Régimen.

b) Resultan bien claras en punto a censura las conexiones entre religión y política; conexiones que pueden matizarse mejor en función de los originales manejados por Reguera.

c) Reguera ha procedido a una selección de pasajes, con algún tipo de refundición, al objeto de centrarse en la parte puramente normativa, a la manera como sucede en el resto de la obra, pero con una mayor intensidad.

d) A pesar de la flexibilidad de la censura de que se quiso hacer gala en época de Godoy, la Novísima ofrece un amplio panorama de censura gubernativa con aportaciones de varias épocas y con tendencias diversificadas. No se trata de un planteamiento coyuntural, sino de más largo alcance. Con lo que se pretende evitar cualquier posible brote subversivo en el campo político, ya sea directamente o a través de planteamientos de tipo religioso.

²⁸ Como sucede con la real provisión de 1802 por la que se prohíbe la introducción de las memorias para servir a la historia del jacobinismo del abate Burruel en base a las especies vertidas contra Godoy como se dice no sólo en el texto de la disposición sino en el propio encabezamiento Reguera supo guardar silencio en este punto.

VI. LA NOVÍSIMA SOMETIDA EN LA EPOCA A VALORACION CRITICA

1. La iniciativa para poner en marcha el proceso de revisión de la Novísima partió del propio Reguera; a poco de volver Fernando VII al poder. Muy probablemente no hay que ver en la iniciativa tan solo un afán perfeccionista, al entrar en juego motivaciones de tipo económico nada despreciables, como tendremos ocasión de comprobar.

A principios de 1815, Reguera, elevará uno de sus memoriales en los que era tan experto pidiendo se abriese el proceso de revisión y ampliación de la Novísima, a tenor de lo que en su momento se había dispuesto sobre el particular. Y ello en la doble vía de los cuadernos o suplementos a la Novísima, encargados a Reguera, de por vida y a su muerte, al cuidado del fiscal y de un «expediente general» para mejorar y perfeccionar la obra, bajo los auspicios —esta vez en exclusiva— de la fiscalía del Consejo de Castilla. Como recuerda Reguera, semejante proceso de revisión fue iniciado a poco de salir la Novísima y tuvo que ser suspendido a causa del paréntesis bélico y constitucional.

Entra luego Reguera en un terreno más personal al reconocer que la Novísima —como obra humana— no puede menos de presentar defectos; y él mismo ha procurado consultar sobre el tema con personas dignas de todo crédito; todo ello con independencia de las acusaciones que se hayan podido lanzar frente a la obra, siempre en forma anónima y hasta subrepticia. En concreto pide Reguera la apertura de un expediente en el Consejo para que informen las altas instituciones interesadas en el tema: Audiencias, colegios de abogados, y Universidades a fin de poder emprender la labor de acomodación normativa que exigen las leyes ²⁹.

El escrito sirvió para abrir un expediente en el Consejo de Castilla que se prolongaría varios años con la consiguiente impacien-

²⁹ El memorial lleva fecha de 20 de Enero de 1815, y figura el comienzo del expediente abierto con tal motivo por el Consejo, que aparece encabezado de la siguiente forma «Expediente formado en virtud de real orden, con la que se acompaña al Consejo, para que consulte la exposición de Don Juan de la Reguera Valdelomar, vecino de esta corte, sobre los defectos que se hayan advertido en el estudio y uso de la Novísima Recopilación .» (AHN, Consejos leg. 4176-1 pieza 1)

cia de Reguera, forzado a presentar sucesivas alegaciones al objeto de impulsar el expediente ³⁰.

En efecto, unos meses tardaría el Consejo de Castilla en contestar en sentido afirmativo al escrito inicial de Reguera: los altos tribunales —Audiencias, Chancillerías y Sala de Alcaldes de casa y corte— los Colegios de abogados y las Universidades debían informar, según orden del Consejo, en el plazo de quince días sobre los defectos advertidos en la Novísima recopilación y su suplemento; y en caso de no encontrar defectos, lo debían manifestar así por escrito ³¹.

Muy optimista se mostraba el Consejo con el corto plazo marcado, para informar; habría de pasar mucho tiempo para evacuar los informes; y algunos organismos ni siquiera llegarían a contestar.

En la resolución del Consejo no figuraba mención expresa al nuevo suplemento a la Novísima; y este era un tema que preocupaba a Reguera al constituir el suplemento una improtante fuente de ingresos. Como el tiempo pasaba, Reguera tuvo que recordar al Consejo en un nuevo escrito la necesidad de emprender los trabajos sobre el suplemento a la espera de los informes de los organismos competentes. Según Reguera el plazo de 15 días era suficiente; y después de pasados varios meses se habían recibido muy escasos informes ³².

Hubo que volver a cursar nuevas circulares desde el Consejo para que se emitiesen los informes. Pero el tiempo seguía pasando y Reguera se vio obligado a recordar al Consejo los graves problemas causados por la demora sin poder trabajar en el suplemento. Y mientras tanto sin el debido control oficial se estaban publicando colecciones de normas en contra de lo dispuesto por las leyes y en perjuicio suyo ³³. De nuevo hubo recordatorios del

³⁰ Sobre el expediente citado en la nota anterior se recogen memoriales de Reguera fechados el 4 de Diciembre de 1815, 26 de Abril de 1816 y 27 de Noviembre de 1816

³¹ Resolución del Consejo de Castilla de 3 de Agosto de 1815

³² Escrito de Reguera de 4 de Diciembre de 1815

³³ Se refiere en concreto a la conocida colección de Decretos de Fernando VII editados por Balmaseda, y a otra colección de Decretos publicada en Valencia (escrito de Reguera de 26 de Abril de 1816)

Consejo a los altos organismos informantes. Un nuevo escrito de Reguera de fines del 1816 hace ver que las cosas seguían igual sin haberle permitido la posibilidad de examinar el expediente ³⁴.

No podría imaginar Reguera por aquellas fechas que aún pudieran pasar tres años sin haberse podido completar los informes, como se desprende de un escrito de los fiscales de 1819 ³⁵. Y al año siguiente todavía quedaban informes sin remitir. Fue así como llegó el trienio liberal paralizando todo el proceso de revisión. Al término del Trienio no se volvería a hablar más del suplemento. El fallecimiento de Reguera se había producido en pleno trienio liberal.

A pesar de las demoras reseñadas conservamos buena parte de los informes emitidos. Creemos que su examen puede aportar interesantes puntos de vista para conocer la opinión de la época en torno a la Novísima junto a los nuevos rumbos codificadores que se apuntan en algunos informes. Los informes de los distintos organismos —Colegios de Abogados, Universidades y altos Tribunales— se conservan en piezas separadas dentro del expediente general. Y conforme a esta división en piezas haremos nuestra exposición comenzando por los Colegios de Abogados.

2. Se conservan los informes de 9 colegios de los 12 que debían en principio informar; pero con los 9 podemos hacernos una idea de cual sería la línea general de las opiniones vertidas, que se caracterizan por las profundas diferencias de planteamiento ³⁶.

Hay colegios con informes rápidos pero muy favorables, como

³⁴ El escrito de Reguera lleva fecha de 27 de Noviembre de 1816

³⁵ Según el escrito de los fiscales de 24 de Marzo de 1819, faltaban los informes de la Universidad de Oviedo, y de los Colegios de Abogados del mismo Oviedo, Barcelona, Valencia y Cáceres, por lo que habría que esperar todavía a que llegasen los informes antes de emitir un juicio definitivo. En cualquier caso recuerdan los fiscales la existencia de gran diversidad de pareceres a la hora de valorar el alcance y significado de la obra de Reguera

³⁶ Los colegios informantes fueron los de Galicia (Coruña), Mallorca, Valladolid, Valencia, Granada, Madrid, Sevilla, Aragón (Zaragoza) y Canarias. Los informes de los colegios junto a los de las Audiencias y Universidades pueden verse en el citado legajo del AHN, 4 176-1, formando piezas separadas. Baste con esta referencia general, al objeto de aligerar las citas. Para más detalles véanse los breves informes recogidos en nuestro apéndice. A los más extensos nos referimos en la medida de lo posible con mayor detalle en nuestra exposición, al no poder por sus proporciones incorporarlos en apéndice

sucede con La Coruña —«No han advertido hasta ahora defectos reparables»—, Palma de Mallorca —«no han observado defecto que merezca corrección alguna»—, o Valladolid, después de dos reuniones de una junta nombrada para evacuar el tema —«no han advertido defecto que en su concepto le haga digno de reforma»—. En otros casos —Valencia— se dieron plazos para que los miembros del colegio informaran individualmente sobre los posibles defectos, sin haberse recibido respuestas negativas.

Fijémonos ahora en el otro lado de la cuestión, si descartamos, el caso de Palma de Gran Canaria, al excusarse de informar cumplidamente, por la falta de tiempo y magnitud de la obra, los otros cuatro informes se muestran críticos con la obra analizada, si bien es verdad que en dos ocasiones suelen dejar a salvo la personalidad de Reguera, tras reconocer el enorme esfuerzo desplegado en torno a la obra. Y en unos y otros casos se parte de la distinción entre código y compilación, bajo el supuesto de que lo que se somete a análisis no es un código, sino una compilación, con los pros y contras que ello comporta. Finalmente, salvo en el caso de Granada, a las observaciones de tipo general acompañan ejemplos ilustrativos en mayor o menor grado de profusión.

Los defectos más repetidos son la arbitraria separación de leyes en diversos títulos, o la omisión de disposiciones no derogadas, estuvieran o no incluidas en antiguos cuerpos legales. Por su parte desde Madrid se insistirá en las leyes repetidas o en aquellas otras que por falta de entidad no merecerían el nombre de leyes; mientras los abogados de Zaragoza hubieran preferido ver refundidas algunas normas que aparecen recogidas por separado en la Novísima.

El caso de Sevilla merece mención aparte. Se trata no sólo de un informe largo y detallado, sino basado en valoraciones y planteamientos de altas pretensiones teóricas; lo que sirve para singularizarlo dentro del amplio panorama informativo que estamos analizando. De ahí que nos refiramos a este informe específicamente.

Con independencia del preámbulo —de falsa modestia, en la tradicional línea tópica— hay en el informe una primera remisión a la antigüedad de las leyes hispánicas con mezclas de luces y sombras: al lado de máximas sublimes cabe advertir en el Fuero Juzgo, Partidas, Fuero Viejo y Ordenamiento de Alcalá la falta

de método y la obscuridad de los planteamientos. En cuanto a la Nueva Recopilación se limitó a ser una obra de acumulación y acarreo, con normas de muy diversas épocas, y de diferente planteamiento y lenguaje, en vez de adaptarse a las exigencias de la nueva época.

Peor aún ha sucedido con la Novísima Recopilación en la que tantas esperanzas se habían depositado: «este código es todavía más monstruoso que los anteriores, que ni la clasificación de libros; ni la división de títulos ni la colocación de leyes guardan un sistema regular; que hay muchas que estén derogadas; que hay otras, y no en pequeño número, cuyo lenguaje incorrecto, cuyo estilo desaliñado producen a cada momento dudas de mucha trascendencia y derraman la obscuridad en todos los negocios civiles y criminales fomentando por esta razón los pleitos, y la arbitrariedad de los jueces.»

Pero el Colegio de abogados de Sevilla lejos de limitarse a poner ejemplos en la línea apuntada partirá luego de un planteamiento sistemático en una línea muy moderna, basada en la distribución de la materia jurídica en cinco libros, empezando por el libro dedicado a las «leyes fundamentales» es decir «todas aquellas que abrazan mayor interés, o que constituyen más directamente la esencia del Estado» y en concreto «cuál es la nación; cuál es la naturaleza de su gobierno; quién el soberano; de qué modo están distribuidos los poderes; cuáles son los límites de cada uno; con qué solemnidades se han de establecer las leyes y corregirlas o derogarlas; en quién reside el poder ejecutivo; en quién la potestad de aplicarlas; cuál es la fuerza nacional; cuál la instrucción pública, cuál el gobierno interior político de las provincias; cuáles, en fin, las contribuciones y rentas».

Se comprende, ante un programa de tal naturaleza, muy cercano al moderno constitucionalismo, que la obra de Reguera resultara minusvalorada en sus pretensiones sistemáticas. Y algo parecido sucede con los otros cuatro libros según los esquemas ideales de los abogados de Sevilla, que no podemos aquí sino apuntar muy sumariamente.

Digamos tan sólo que el libro segundo debía haber estado dedicado a los «delitos y penas», según una titulación bien conocida en la época. Toda la materia sería muy fácil de distribuir conforme a un orden racional a base de divisiones y subdivisiones,

comenzando, por la gran división entre delitos públicos y privados.

Mayores dificultades encontraría la distribución del libro tercero, dedicado al matrimonio y a los derechos de la persona y de la propiedad por ser una materia «moderna en los códigos». Pero unas cuantas ideas, según los muy seguros abogados de Sevilla, servirán para despejar las dudas; Ante todo «si no se pierde de vista el principio de utilidad», y además; «El matrimonio es la imagen de la sociedad política. En él se cimentan los estados, por él crecen y se hacen respetables y permanentes: Promoverlo, pues, y multiplicarlo debe ser la atención primera del soberano». Programa tan ambicioso se puede cumplimentar, según los abogados de Sevilla, si se toman en cuenta algunos valiosos antecedentes de las leyes patrias. Y por lo que se refiere a su articulación en títulos puede fácilmente hacerse, en unas y otras materias una adecuada ordenación si se sigue los dictados de la lógica aplicada al ámbito jurídico.

En cuanto a la propiedad, no podían faltar, en la línea utilitaria (según postulados de Bentham) que venimos observando, referencias de tipo conceptual como las siguientes: «Por virtud del derecho de propiedad el hombre puede disponer libremente de sus cosas, ya sea mientras viva, o ya para después de su fallecimiento; como no puede poseer todo lo que desea, la necesidad misma y el deseo le obligan a deshacerse de aquellas cosas que son menos útiles para adquirir otras más precisas; y esta misma necesidad respectiva establece el equilibrio del precio entre las cosas que mutamente han de darse y recibirse.»

Finalmente el libro 5.º dedicado a temas procesales se desplegaría, aún con mayor sencillez, siguiendo el mismo orden lógico.

A la vista de tales planteamientos teóricos, se comprenden las críticas de los abogados de Sevilla desplegadas frente a la Novísima que se centran fundamentalmente en la falta de adecuada sistematización; se observan asimismo aquí y allá, referencias a los planteamientos teóricos de los informantes como sucede con el siguientes ejemplo en relación con la ley: «la ley debe ser tan clara que todo hombre pueda entenderla y que ninguno pueda ser engañado por ella; debe convenir al país y al tiempo; debe ser recta, igual para todos y provechosa.»

3. Si pasamos a los altos tribunales, hay que señalar que casi

todos cumplieron con su misión de informar, sólo dos tribunales —La Audiencia de Galicia y la de Canarias— en este caso, a causa de la distancia dejaron de remitir informes. Por su parte, la Audiencia de Valencia, se limitó, alegando escasez de tiempo y falta de personal, a adjuntar el informe fiscal, muy elogioso para Reguera. Y en el mismo tono elogioso se manifestó la Audiencia de Barcelona.

Con los restantes informes —10 en total, incluida la Sala de alcaldes de casa y corte— se puede hacer una inicial agrupación en función de su extensión, tono crítico y profusión de argumentos, sobre la base previa de que cada informe puede contener rasgos específicos o particulares.

Se mezclan el elogio hacia Reguera con la inclusión de algunas reservas críticas realizadas en términos generales o aportando muy breves ejemplos de defectos advertidos que suelen centrarse en la inclusión de leyes supérfluas ociosas, inútiles o derogadas; en la confusión del plan seguido; o finalmente en el carácter reglamentario y escasa entidad normativa de una parte del material recopilado. En cuanto a la Audiencia de Mallorca no tiene nada de extraño que se ponga el acento en los problemas particulares de las islas, con declaraciones tan interesantes como la siguiente: «Como en este tribunal no se fallan los pleitos por la Recopilación, sino por el Derecho común y los privilegios de las Islas.»

Los informes más extensos y cargados de ejemplos son los correspondientes a Zaragoza, Chancillerías de Valladolid y Granada y Sala de alcaldes. Son asimismo los más duros a la hora de enjuiciar la obra de Reguera aunque en principio se reconozca que la empresa recopiladora rebasaba las solas fuerzas de una persona.

En cuanto al primer grupo se pueden considerar por separado los informes de la Audiencia de Zaragoza y de la Chancillería de Granada, al ir exponiendo en forma casuística y acumulativa ejemplos selectivos de normas recopiladas con defectos notorios de índole sistemática fundamentalmente.

De mayores pretensiones y más cuidadosa redacción son los informes de la Sala de alcaldes, y, muy especialmente, de la Chancillería de Valladolid.

Cabe destacar en el informe de la Sala de Alcaldes la insisten-

cia que se pone en no haber pasado la Novísima el examen del Consejo de Castilla, a través del cual se hubiese podido mejorar sensiblemente la obra. Como no sea por motivos de rapidez, no se comprende, según el sentir de los alcaldes, que la obra no haya «pasado la censura del Consejo, cual parecía regular y conforme al orden de las anteriores, porque así lo dispuso su Magestad de quien pende la autoridad legislativa».

Finalmente la Chancillería de Valladolid montaría todo un cuidadoso discurso —con una cierta dosis de vehemencia— que puede dividirse en dos partes. En primer lugar se establece la importancia que hubiera tenido el poner algún tipo de orden en la normativa —al seguir vigentes otros cuerpos legales—, a través de una especie de prelación de normas, problema no resuelto por la Novísima.

En una segunda parte, se van exponiendo los defectos advertidos en la Novísima: epígrafes mal elaborados, leyes superfluas o derogadas; y así sucesivamente. Examinando atentamente el informe de la Chancillería de Valladolid puede decirse que estamos ya en una línea muy próxima al «juicio crítico» de Martínez Marina. Con mayor brevedad y sin utilizar los mismos ejemplos, los modos de operar del ilustre historiador del derecho doceañista son semejantes o los seguidos por la Chancillería vallisoletana.

4. Por su parte las Universidades se mostraron más suaves con Reguera. Buen número de las Universidades informantes, no advirtieron defectos dignos de tomar en consideración. E incluso, entre los informes críticos no faltan los elogios hacia Reguera como en el caso del comisionado de la Universidad de Osuna:

«Para conocer el mérito y utilidad de las tareas de Don Juan basta comparar sus trabajos y su obra con los demás de la misma clase que anteriormente han visto la luz pública. La imperfección que se observa en ellos a pesar de haberlos trabajado por mucho más tiempo y personas de un mérito conocido, convence la dificultad de la empresa y justifica qualquier defecto que se note en la Novísima. Su plan es excelente y mui oportuna su clasificación por materias y su división en títulos y libros.»

O como es el caso de Cervera, que, tras apuntar algunos reparos, se llegará a decir: «Sin embargo se merece mucho elogio el infatigable compilador.»

Los elogios suben de tono cuando no se han advertido defec-

tos en la obra, como sucede con la Universidad de Burgo de Osma: «su formación ha traído grandes ventajas a las escuelas y a los tribunales, y esta agradable persuasión, le hace desear con ansia, la continuación de los trabajos del Autor»; o como sucede con la Universidad de Huesca —«es de grandísima utilidad»— en esta ocasión al considerarla bajo la especie de Compilación y no de Código de nueva configuración. En el caso de la Universidad de Valencia, los elogios se particularizan en lo relativo a la oportunidad de la obra, recogida de materiales, método empleado y notas añadidas. Pero no falta naturalmente las críticas en la línea parecida a como hemos visto en los casos de las Audiencias y Colegios de abogados: defectos de sistematización, leyes incluidas defectuosamente o de manera inoportuna. Y así sucesivamente.

Ofrece interés asimismo el informe de la Universidad de Valladolid para el que se pidió la colaboración del Colegio de Jurisprudencia de la misma Universidad.

Hay en el informe referencias a la legislación del pasado a partir de la obra legislativa del Rey sabio. En cuanto a la Nueva Recopilación la valoración no puede ser más negativa, destacando «su falta de concisión y método, junto a la confusión» que se advierte por doquier. Por desgracia los problemas no se han resuelto con la promulgación de la Novísima, pese al esfuerzo desplegado por Reguera. No se ha superado la confusión de cuerpos legales, al no haberse ido decididamente hacia un único cuerpo legal. Al lado de la Novísima siguen vigentes los antiguos cuerpos legales, sin que se sepa con certeza cual es el alcance normativo que deba darse a cada uno. «En una palabra —diran los preocupados miembros del claustro— es tal la confusión que hay razones para dudar quales son nuestros códigos y con qué orden debemos usar de ellos.»

Y esa confusión se advierte en la Novísima, examinada aisladamente. Los defectos se van exponiendo en el informe de forma puntual y escalonada, con los oportunos comprobantes: falta de método, falta de concisión, leyes inútiles y derogadas, falta de exactitud en los epígrafes de las leyes, autos acordados suprimidos que debieron ser elevados a la clase de leyes y notas difusas, inútiles e inexactas.

Pero semejantes defectos no menoscaban la opinión formada por el claustro vallisoletano hacia la figura de Reguera: «no pu-

diendo dudar que su colección es más completa que las anteriores de su clase, las faltas y lunares que se adviertan en ella sólo deben reputarse como efecto de las circunstancias y de ningún modo pueden ofender la bien merecida opinión del colector.»

Por su parte, la Universidad de Sevilla hace un minucioso repaso del proceso de redacción de la Nueva Recopilación y de los numerosos e importantes defectos que se advierten en su contenido «sin orden ni método, sembrada de anacronismos, plagada de errores». Defectos que se encuentran asimismo en sus distintas ediciones hasta la de 1777. Hubo intentos de reformar el estado de la legislación; pero se seguía dependiendo de las exposiciones de derecho romano en lugar de acometer el estudio del Derecho patrio con rigor y método adecuado; tampoco se llevaron a cabo los deseados proyectos de redactar unas «instituciones de derecho patrio y una historia crítica de nuestra legislación». No faltan en el informe un recuerdo hacia las aportaciones de historiadores y estudiosos de nuestro pasado jurídico: «Franckenau, Sotelo, Fernández de Mesa, el padre Burriel, el Ilmo. Sr. Conde de Campomanes, el laborioso don Rafael Floranes y los doctores Aso y Manuel.» Todo ello produjo una gran afición por la historia jurídica y por la búsqueda de textos y documentos en los archivos. Se hicieron ediciones de textos. Hasta que por fin llegó la Novísima en la que tantas esperanzas se habían puesto.

La crítica de la obra se hará bajo dos supuestos complementarios: de «reforma de la Nueva Recopilación o de Nuevo Código en su clase».

Bajo el primer aspecto cabe advertir diversos defectos en buena parte debidos al poco tiempo disponible para redactar la obra: «leyes desusadas, notorias omisiones o inclusión, como si se tratara de leyes de simples providencias gubernativas, según queda convenientemente apostillado através de algunos ejemplos de los comisarios nombrados por la Universidad Sevillana.

En cuanto al segundo aspecto no hará falta ponderar la desilusión sufrida por los catedráticos sevillanos al no haberse aprovechado la ocasión para redactar un código de nueva factura: «la ha encontrado tan distante de ser un nuevo código en su clase que se ha alejado de propósito de poder haber llenado tan recomendable e interesante objeto.»

Frente a las leyes romanas, el conocimiento del derecho espa-

ñol; frente al fárrago de disposiciones de diversas fechas y autores con numerosas contradicciones y con unos planteamientos inadecuados para la época, un código breve, sencillo y claro. Pero el claustro de Sevilla no necesita acompañar sus ideas de copia abundante de publicistas como veíamos en alguna otra ocasión. Se trataría simplemente de reducir a pocas páginas con «claridad y precisión lo dispuesto en leyes patrias antiguas y modernas». Especial atención presta el claustro a la serie de penas recogidas en la Novísima que no encuentra aplicación en su tiempo. Y los defectos que se advierten en el texto de la Novísima» ese «edificio monstruoso compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables» cabe extenderlo al Suplemento, en esta ocasión analizado con sumo detalle.

A modo de resumen el claustro sevillano recomendaría «formar un código legislativo, original, único, breve, metódico; un volumen comprensivo de nuestra constitución política, civil y criminal; en una palabra poner en ejecución el noble pensamiento y la grandiosa idea que se propuso Don Alonso el Sabio, quando acordó publicar el Código de las siete Partidas».

5. Si quisiéramos hacer ahora en base a los informes emitidos una rápida valoración de conjunto, habría que insistir en primer lugar en la ambivalencia de los informantes. Aunque numéricamente la balanza se incline a favor de Reguera, no faltan informes contrarios, de gran puntualidad y acopio de materiales; pero al ser menos numerosos, el cuadro final podría resultar favorable a Reguera. Con todo, el trabajo crítico emprendido posteriormente por Martínez Marina puede encontrar precedentes en algunos de los extensos y meditados informes críticos a los que hemos hecho aquí referencia.

Otro aspecto importante a destacar sería la amplia difusión alcanzada por la idea de código frente a la más imperfecta y anticuada tarea recopiladora. Muchos informantes, incluso algunos que mantienen una actitud elogiosa, parten del supuesto, de que lo mejor hubiese sido realizar una obra de más amplios vuelos, con una técnica más refinada y planteamientos sistemáticos, según los nuevos rumbos codificadores. Al haberse reducido el proyecto a una simple recopilación, los informantes no dejan de manifestar una mayor o menor dosis de desilusión por no haberse

aprovechado semejante ocasión para ponerse en el ámbito normativo al nivel de los países más avanzados.

Conviene destacar asimismo la proyección teórica de algunos informes por más que la consiguiente brevedad de los informantes impida una mayor aportación doctrinal. La ilustración ha penetrado ampliamente en medios académicos y profesionales donde se cultiva el derecho, como es fácil advertir con sólo leer entre líneas algunos informes. Por lo demás no parece finalmente que pueda, según los tres grandes grupos, hacerse una clasificación de los organismos informantes en relación con su postura a favor o en contra de Reguera. Podemos decir, sin embargo, que las Universidades, menos preocupadas por los resultados de tipo práctico o profesional que pueda suscitar la obra, se muestran en general más indulgentes con la Novísima.

Finalmente diremos que algunos informes de posiciones avanzadas aportan numerosos datos sobre los distintos cuerpos legales de nuestro pasado, como hemos intentado hacer ver abreviadamente con algunos ejemplos.

APENDICE

1. INFORME DE CAMPOMANES, COMO FISCAL DEL CONSEJO DE CASTILLA, SOBRE LA REIMPRESION DE LA NUEVA RECOPIACION CON SUS CORRESPONDIENTES AÑADIDOS

El fiscal del Consejo y Cámara Don Pedro Rodriguez de Campomanes, Cavallero de la distinguida orden de Carlos III, ha visto las Reales Pragmáticas y Cédulas autorizadas por el oficio de gobierno y el informe que en dos del corriente ha ejecutado de lo que debe añadirse en la nueva reimpresión de las leyes del Reyno y dice: que todas las pragmáticas y Cédulas incorporadas en este expediente son Leyes que deben constar al público e incorporarse en la nueva recopilación.

Para este efecto ha formado los epígrafes, datas, y disposición de títulos en que deben incorporarse y constan de la apuntación

que acompaña rubricada del fiscal, para que con arreglo a ello se añadan e impriman en las actuales ediciones de las leyes del Reyno y en las siguientes que en adelante se hicieren para su complemento, dándose por ello la orden y antificación correspondiente, como en igual caso se executó en el año de 1771.

Asimismo presenta el fiscal para que se junte a este expediente un exemplar de la quarta parte de la colección de providencias tocantes al extrañamiento y ocupación de las temporalidades de la extinguida orden de la compañía que se publicaron posteriormente al citado año de 1771.

Esto es lo que entiende el fiscal en el asunto remitiéndose a lo que en la misma fecha representó separadamente el Consejo acerca de la disminución que advierte en el auto 21 título 19 del libro 2.º y demás que con este motivo ya le ofrece para que en su inteligencia se sirva el Consejo acordar lo que estimare por más arreglado.

Evacuados estos expedientes, convendrá se pasen originales al archivo con el de la impresión de las leyes de 1771 para que se guarden en él, y conste en todo tiempo la formalidad y la legalidad con que se han hecho las correcciones y ediciones que constan de ellas. Madrid, y Mayo 16 de 1774.

Señores de Gobierno.

(AHN, Consejos, leg. 4176).

2. PROYECTO ABREVIADO DE «NUEVO CODIGO» PRESENTADO POR VIEGAS A GODOY

COMPENDIO DEL PLAN DE LEGISLACIÓN

La felicidad general está esencialmente en la paz.
La paz está esencialmente en el orden ¹.

¹ En el orden de la naturaleza universal se puede decir hablando físicamente que hay paz, esto es, hay aquella invariable uniformidad de acción y movimiento que cumple sus destinos sino por razón propia suya porque carecen de ella, por

El orden está esencialmente en que cada uno cumpla las obligaciones que debe a sus superiores, a sus iguales y a sus inferiores.

Debe pues contener el código la explicación más individual y específica de las obligaciones de quantos componen el estado y los casos en que la autoridad pública ha de venir a suplir la falta de justicia en los particulares y los medios de que se ha de valer.

Esta explicación la debe hacer el gefe del cuerpo mismo porque la potestad lexítima que reside en él para dar leyes a la comunidad le hace lexítimo intérprete también de las leyes naturales y de las demás obligaciones adventicias esenciales al estado de constitución civil *.

Por lo mismo en el código debe empezar el rey anunciando asimismo como gefe y supremo rector del cuerpo político, esplicando su facultad y autoridades, la obediencia que se le debe y los medios con que se le ha de auxiliar para el desempeño de un ministerio tan importante, tan peligroso y en todos sentidos tan terrible.

Este tratado es muy difuso; la exactitud del método le debe hacer breve y perceptible lo mismo que a todos los demás, de suerte que aunque los principios filosóficos sobre que se funden las leyes sean accesibles a pocos, las leyes mismas las entienden todos y de aquí se seguirán dos beneficios muy notorios; el primero será extender el conocimiento de las leyes, inspirar insensiblemente la sana filosofía política y asegurar esta parte de educación pública que con el tiempo modifica naturalmente las costumbres y corrige las opiniones; y el segundo beneficio consistirá en correr el velo a los misterios de la ignorancia, porque el recto método, claridad y concisión del código dejará inutilizadas todas las obras bárbaras de los intérpretes y glosadores de las leyes que falsamente han dado el nombre de jurisprudencia a los que escribieren y falsamente se le dan a los que estudian con harto detri-

la inteligencia y suma sabiduría del que fixó sus movimientos. Quando los hombres conforman sus acciones con los principios de justicia harán resultar entre sí aquella invariable armonía y uniformidad de acciones y deseos que se llama paz.

* Al margen figura la siguiente anotación de Godoy.

Esta declaración no influirá en el amor y respeto que le profesan sus vasallos y es muy arriesgada la extensión de su poder quando las opiniones son tan injustas, deve, pues, omitirse esta obra

mento del estado que tanto padece en los errores de la esqüela y perjudiciales prácticas del foro.

En el tratado del rey pues considerándole caveza de la gerarquía política deberán esplicarse todos los órdenes que la componen y por eso será el primer título del rey y de la gerarquía civil, y así deberá seguir el tratado de la grandeza, de la nobleza titulada, de la nobleza simple y del estado llano.

Considerando después el rey, como gefe del Estado no div[di]do en nobles y plebeyos, sino en pueblos y provincias, debe seguir el tratado de las Cortes y ayuntamientos que respectivamente los representan.

Buelvo a considerar el rey como gefe y protector del Estado en general, es consiguiente considerar también la obligación de mantenerle defendido contra sus enemigos exteriores y allí se tratará de la obligación de alistar y dotar milicia de mar y tierra y dar ordenanzas aunque estas no deben unirse al cuerpo de las leyes generales; hacer tratados de amistad y alianza y comercio; declarar guerra y asentar paces.

Acercándonos ya a considerar al rey como gefe y director de la justicia en los negocios interiores se habrá de tratar de las personas de que se ha de valer para este ministerio; se tratará pues de los secretarios del Despacho Universal, del Consejo de Castilla, de las Chancillerías, Audiencias, yntendentes, corregidores, alcaldes mayores y pedaneos, etc., y de las personas que en calidad de subalternos auxiliantes de la justicia hayan de serbir a cada tribunal y juez particular como escrivanos de cámara, relatores, receptores, escrivanos reales y de diligencias, procuradores y abogados.

Considerada ya por decirlo así la gran máquina en estado de obrar será preciso pasar el tratado de las operaciones y del uso que el rey ha de hacer de su autoridad y de los instrumentos prevenidos, esto es, de las autoridades subalternas y establecidas para auxiliar la suya.

En este artículo ocupará el primer lugar la religión; lo primero por la dignidad del obgeto y lo segundo por incluir las opiniones y prácticas antipolíticas, consagradas con el nombre de culto, corrigiendo la disciplina exterior y estableciendo por decirlo así entre las dos potestades aquella imvariable armonía que combiene a la santidad de los principios de una y otra; y sobre esta

materia hay que hacer de palabra algunas explicaciones de que no se debe escribir; sino después de haberse puesto de acuerdo con gran meditación y habiéndolo pensado mucho.

En este artículo corresponde tratar también de los bienes eclesiásticos, de los diezmos, de la edad para el sacerdocio y profesiones religiosas de estancaciones en manos muertas, fundaciones de capellanías, cofradías, hermandades, procesiones y todo aquello a que se da título de culto, piedad y devoción y de la ynquisición de la fe, orden de proceder en las causas de ynquisición, y conducta con los que pertenecen a creencias distintas del catolicismo.

Este punto de religión hará por sí solo una parte del código que será la segunda; y empezará la tercera por la economía civil que abraza todas las máximas de utilidad y comodidad general, y en este artículo será el primer tratado del empleo y ocupaciones de los hombres en general y que más simplifica y facilita los medios de gobernar porque los bien ocupados, que han sabido hallar la felicidad en la industria y aplicación, en la mayor parte de ellos se gobiernan; el amor a lo que tienen y el miedo de perderlo deja descansar los medios de corrección que tienen las leyes, así como todos ellos no bastan para reducir a buen orden los oziosos y mal entretenidos, de cuyo principio nace el desprecio y la desconfianza con que miramos a los que no tienen que perder; esta opinión es menester autorizarla como ley.

El primer capítulo, pues, en el tratado de las ocupaciones en general, será de los vagos, reputándose la ociosidad por el mayor delito en el orden civil y se explicará el modo de hallarlos, convencerlos y castigarlos sin el perjudicial método de las espías, ni de las ynquisiciones y pesquisas vagas tan detestables y que tan odioso hacen el gobierno.

Siguiendo el tratado de las ocupaciones de los hombres se tratará del estudio de las ciencias, universidades y estudios generales y privados; y de la libertad literaria dando los medios seguros de aumentar las ciencias y disminuir el número de profesores y principalmente el de los juristas que así como hasta cierto punto son útiles, en el exceso son sumamente perjudiciales; se dará el medio de disminuir el número de pleytos que es el más seguro de disminuir el de letrados.

Se tratará después de las artes y oficios declarando que ocu-

paciones deben declararse tales porque hay ocupaciones que emplean o por mejor decir abrigan un considerable número de vagos que jamás han aprendido un oficio, como la pluma por exemplo que a título de escribientes mantiene una multitud de ociosos siempre peligrosos al Estado donde no debe haber uno sin renta o sin oficio.

Se tratará pues en el artículo de los oficios de su libertad y absoluta independencia de toda inspección y autoridad gremial para que cada artista no reconozca sobre si más que la de las leyes generales a que todos estamos sometidos.

Se darán principios generales sobre la administración de propios, creación y administración de arbitrios, valdíos, arrendamiento de tierras concegiles, perjuicios de los privilegios de la Mesta, construcción de puentes donde se verá el grandísimo beneficio de consentir que cada particular los haga y fije contribución a su arbitrio; cosa que a primera vista parece un enorme desacierto, se tratará del comercio interior singularmente del trigo y demás semillas en que el gobierno sólo debe emplearse en estorbar el monopolio, ocultación y escasez facticia; de modo que siempre conste a punto fijo la suma de granos existente; en cuyo caso la absoluta libertad es benéfica, el precio se nivela con exactitud sin necesidad de tasas, los especuladores tienen datos fixos, y todo, todo va en regla y con orden; se tratará de la cría y comercio de cavallos, montes y plantios y en fin de todo lo que sobre la policía general del Reyno pertenece a la tutoría del Govierno.

Seguirá la quarta parte relativa al derecho particular y en que hay menos correcciones que hacer a excepción del orden y precisión con que deben ponerse los tratados aunque siempre es preciso reducir a sistema algunas materias que no lo están, como por exemplo: el de la libertad que debe ser el primero, donde se verá que la libertad verdadera consiste en que un hombre esté absolutamente asegurado de que por ningún medio se le estorbará el uso de sus facultades naturales, ni lo que le es lícito hacer por leyes humanas y divinas; y a esto seguirá el del honor, esplicando, como consiste esencialmente en la opinión de justicia y conducta inocente y ajustada a las leyes; y seguirá el título de las injurias que son las ofensas hechas al honor mismo de donde se tomará ocasión para tratar de los desafíos mostrando la injusticia con

que en esta parte han sido tratadas las leyes de Partida, y dando los medios convenientes para minorar el número de los desafíos sin autorizar la cobardía, que es el miedo que les ha dado autoridad y les ha hecho prevalecer contra todas las prohibiciones, y de aquí se tomará ocasión para decir algo de lo que importa al Gobierno dedicarse de intento a rectificar opiniones excluyendo unas y substituyendo en su lugar otras según combenga a los designios del Gobierno mismo.

Seguirá el tratado de los modos de adquirir derivados del Derecho natural y de los admitidos después por las necesidades y medios con que los hombres se las socorren recíprocamente en el orden social, a cuyo capítulo pertenecen todos los contratos; allí se verá como los modos de adquirir por Derecho natural están modificados por las leyes reduciendo a mejor y más discreto método el uso de las facultades naturales en la caza, en la pesca, etc.

También se verá en los contratos y modos de adquirir admitidos en el orden social la importancia de las fórmulas, sobre que la legislación romana ha padecido injustas acusaciones de parte de los jurisperitos de limitada crítica que no han reconocido los incomparables beneficios de este método y se confirmará con ejemplos prácticos y con el deplorable estado de nuestro foro procedente de la falta de exactitud en fórmulas, en prescripciones de términos fatales, y de todo aquello en que la debe haber y no la hay; y esto sólo bastará para reducir prodigiosamente el número de los pleytos porque, sugetos los contratos a fórmulas, quedarán excluidas las dudas y las interpretaciones que ahora los multiplican y reducidas a observancia las leyes de la sustanciación de los juycios faltará a los jueces el arbitrio de ampliar los términos de las leyes y a los litigantes el de inventar medios de lograr estas ampliaciones; pero si disminuidos los letrados, conservando el mismo número de pleytos, los daños serán mayores porque cada letrado tendrá más que los que pueda despachar y los despachará peor y además serbirán a los abogados de pasantes los que no puedan recibirse y resultará el mismo número de personas empleadas aunque sea sin título.

En nombre de contratos se deben entender todos los terrestres y marítimos; y de allí se deben formar las verdaderas ordenanzas de los consulados a excepción de las pertenecientes a su policía

y gobierno interior que deben ser privadas como las del Consejo, Chancillerías y Audiencias, como se dirá en su lugar.

A este tratado debe seguirse el de últimas voluntades reduciendo a fórmulas precisas y exactísimas los testamentos que es el único modo de minorar el número de pleytos y dejar inutilizados de una vez la multitud de escritos absurdos que hay sobre esta materia sin otro fruto que el de tener empleados los tribunales y una multitud enorme de personas ocupadas en las ocupaciones subalternas de los juicios, de que se siguen daños que no es fácil reducir ni aun a cálculo de aproximación.

A este tratado se hará pertenecer el de vínculos y mayorazgos en que sin ofender la opinión pública que los favorece se reducirá la permisión a unos términos que sea muy rara la vinculación que se haga no porque se sugeten a fórmulas incómodas y difíciles de cumplir sino porque sólo se dejará en ejercicio la verdadera liberalidad en lugar de que según la libertad presente el mayor número de vinculaciones procede del espíritu de codicia, pues si se examina bien cada fundador no vincula más que por el miedo de ver desecha y repartida la masa de bienes que acumuló en buenas o malas negociaciones; todo lo qual se evitará dejando la libertad de vincular únicamente para los contratos entre vivos con entrega de posesión un año antes de morir. Es una solemnísimá imprudencia que los vivos hayamos de estar expuestos a las imbeciones de los que dejándonos los bienes sólo porque no se los puedan llevar consigo, no tienen ni pueden tener ya más interés que el de que nosotros los poseamos no por las reglas de nuestra utilidad sino por las de su capricho. Con el método dado se hará muy rara vinculación pero jamás se culpará a las leyes sino a la falta de liberalidad de los hombres; el que quiera vincular en testamento pedirá licencia, se le oirán los motivos y el Gobierno hará lo que le parezca.

Los albaceas testamentarios y toda suerte de cumplidores de testamentos es menester quitarlos por entero porque ni sirben, ni jamás han serbido más que de embarazar su execución. La excesiva protección concedida por las leyes a los testamentos los han estragado y a nosotros nos han llenado de embrollos; las leyes suponen en cada executor la misma sana intención con que procede el que las hace; esta es mucha virtud moral, pero muy escasa sagacidad política.

Seguirá el tratado de los matrimonios, naturaleza y efectos de la sociedad conyugal quanto a bienes y frutos gananciales, dotes y todas suertes de donaciones, y adquisiciones. Se abolirán los privilegios dotales que tanto estragan la economía doméstica, como los del fisco enervan la fee pública; ¡lo que son los hombres! Toda esta legislación no fue más que uno de los muchos obsequios de Triboniano a la muger del emperador y la preocupación la ha mantenido a pesar de los daños que incesantemente han estado delante el desacierto de tales establecimientos.

También es menester abolir por entero la inmediata y ruinosa pragmática de los matrimonios que a título de conservar el respeto de los padres y el honor de las familias, autoriza los litigios entre los padres y los hijos publicando hechos y subcesos ignorados con desonra recíproca de unos y otros. Se dará el medio seguro de que quando los hijos deban depender de la dirección del padre dependan absolutamente y quando adquieran juycio y tengan edad para deliberar tengan también livertad absoluta. Se esplicarán los bienes que por necesidad indefectible se han de seguir de este establecimiento.

Se tratará la autoridad doméstica de los padres, su extensión de los modos de eximirse de ella los hijos de familia, de la adopción y derechos de subcesión y finalmente de los hijos naturales supliendo lo que falta a la Ley de Toro que declara quales son para evitar los muchos muy implicados y costosos litigios que tenemos que sufrir sobre declaración de hijos naturales, dejando abolidos de una vez los tratados bárbaros y absurdos que hay sobre esta materia y que tantos y tan visibles daños nos están haciendo.

Seguirá el tratado de los delitos y las penas.

Se olvidava que al tratado de los matrimonios pertenece el de los esponsales y uno de los establecimientos más útiles o por mejor decir más necesarios es el de quitar a las promesas de futuro matrimonio la fuerza de obligar en el foro contencioso, qualquiera muger tiene bastantes incentibos para poner en movimiento las pasiones aunque carezca de prendas y circunstancias para elegir las por muger, las de esta clase se prostituyen por vía de negociación y tratan de esponsales en los momentos que falta libertad para negarles quanto pidan y es muy considerable el número de jóvenes que enredados en estos lazos se ven demandados en

juicio reducidos a prisión, indispuestos con sus padres o tutores y que al fin pierden su carrera por una acción, que en ellos no fue más que una fragilidad indiferente en el orden de la justicia y de parte de ellas una torpe y detestable negociación. Las personas libres que recíprocamente se complacen, ofenderán la virtud de la castidad, pero de ningún modo faltan a la justicia; recíprocamente se entregaron y cada uno de los dos tenía interés en que el otro consintiese la entrega. Lo que llaman derecho canónico ha sido el origen de estos abusos y han llegado a ser tan grandes y tan frecuentes que insta ya demasiado la necesidad de cortarlos por entero. Las curias eclesiásticas que se mantienen a costa de estos y otros desórdenes serán las únicas que lo sientan; pero las mujeres con la seguridad de que en su prostitución no han de hallar las ventajas que hasta ahora han hallado o se guardarán o callarán, si no se guarda, que es lo que necesitamos acá en nuestro orden civil; estos hechos sólo tocan a la inspección de la ley cuando la frecuencia y el mal exemplo llega a tal grado que ya no parezca que la ley los disimula, sino que los autoriza, porque es una insigne impolítica el que las leyes se muestren indiferentes con la inmovilidad, porque el trastorno del orden público necesariamente procede siempre de la dureza del gobierno o de la corrupción de las costumbres.

También pertenece a este tratado el de los divorcios que es menester consentir hasta cierto punto para asegurar más los matrimonios; Las razones que abonan este establecimiento están espli-cadas en el plan por menor y no son fáciles de resumir; pero el mayor y más notable error admitido en esta materia es el de obligarle a un hombre a proponer y probar con testigos unos hechos de que él puede estar asegurado con evidencia sin que absolutamente consisten más que a la muger y su cómplice, que son las partes que los niegan, y que siempre buscaron tiempos, sitios y ocasiones combenientes para que jamás se pudiese probar; se puede decir que el divorcio por infidelidad solo está concedido a los maridos de mugeres indiscretas y poco precavidas, prescindiendo de que se puede considerar que en un juicio contencioso sugeto a pruebas de testigos es físicamente imposible dar ideas cumplidas de los modos ingeniosos y exquisitos de que dos casados malquistos saben usar para hacerse recíprocamente intolerables.

Autorizados los divorcios hasta cierto punto qualquiera de los

dos que sea bueno asegura la duración de su matrimonio en el interés que el otro tiene en no perderle y en la autoridad que él goza de declararse incomodado quando realmente lo esté sin el riesgo de que un testigo se lo embrolle o un juez no se lo entienda.

Sigue pues el tratado de los delitos y las penas en que es menester individualizar con exactitud la autoridad del monarca para decretar las de muerte, cosa en que desde Grocio acá han errado todos los publicistas y es menester no dejar puerta franca a las especulaciones capaces de subvertir los buenos principios.

Esto es por lo que hace a la parte teórica; pero en la práctica se debe siempre proceder con la máxima de que el gobierno ha de emplear su atención incomparablemente más en evitar delitos que en castigarlos, y esta mira tiene todo quanto va apuntando sobre las ocupaciones de los hombres en general, crimen (que así debe llamarse) de la ociosidad, ordenación de matrículas que debe haber y todo quanto en este orden de policía se puede adelantar, que es mucho.

En la determinación de penas se considerará quanto los delitos turban el orden civil y a que clase pertenecen los bienes de que privan al particular contra quien se cometen teniendo en consideración que uno de los mayores en que hasta ahora apenas se ha parado la consideración es la libertad y tranquilidad del ánimo a que cada hombre tiene derecho y que es un punto menos estimable que la vida de que los hombres flacos y de poca constancia llegan a renuncias entre las angustias y tribulaciones; bien que estos daños rara vez proceden de las injusticias de particular a particular; los jueces en el abuso de la autoridad son casi los únicos que pueden hacerse autores de estos males.

La frecuencia de los delitos es otro de los fundamentos para medir la gravedad de las penas.

En suma el hallar las relaciones de las penas con el bien general procede del mismo principio que la autoridad para imponer las de muerte como se explica en el plan por menor, de suerte que el monarca es el único árbitro que decreta con atención a circunstancias dejándose de la vana y supersticiosa operación de buscar igualdad numérica y absoluta entre un delito y una pena porque esta no la hay. Un delito es un daño y la suma del daño está siempre y sin excepción en las circunstancias sobre que recae.

Seguirá el tratado del orden de los juicios en que las leyes es-

tán escritas con mucho acierto sin que haya notable alteración que hacer; una ley que las mande observar exactísimamente hará que los pleytos tengan dos terceras partes de vida menos que la que tienen, lo qual vale lo mismo que reducir dos terceras partes de los pleytos que hay, por cuya regla necesariamente habrá menos abogados, procuradores, agentes, escrivanos, pasantes, oficiales y escrivientes de estos mismos; beneficio tan grande y caso tan incalculable como lo son los daños del presente método.

Ultimamente las leyes se escribirán con la mayor precisión y propiedad de palabras que pueda excogitarse y no sólo se pondrá la diligencia posible en hacerlas esentas de interpretaciones sino que deben prohibirse por entero sin haber más libro de interpretación que las instituciones que después se deben escribir, otra tan delicada y aun casi más difícil que el mismo código porque ellas no deben ser como hasta ahora se ha creído una suma o compendio sino el plan de los principios de que se haya formado el código y la verdadera clase que descifre los misterios de las leyes proponiendo las máximas generales de filosofía política, individualizando las leyes que se hayan tomado de ellas. Este es el verdadero modo de interpretar desconocido hasta ahora absolutamente por los glosadores de nuestras leyes, porque las reglas de acomodar las leyes a los casos, que es lo que hasta ahora se ha llamado interpretación, no es en substancia más que un cálculo lógico dirigido a buscar la igualdad de los términos del caso con los de la ley, que es a lo que se reduce el oficio del juez.

Exemplo del estilo en que las leyes se han de concebir

En ningún tribunal de mis dominios se admitirán demandas de esponsales.

Otro

Los hijos de familia varones no podrán contraer matrimonio antes de los veinte y un años sin el consentimiento de su padre, ni las hembras antes de los diez y nueve.

1.º El padre no tendrá necesidad de esplicar la causa de su disenso.

2.º En nombre de padre entendemos los tutores o curadores.

3.º A los veinte y un años cumplidos los varones y a los diez y nueve las hembras podrán casarse libremente a su gusto.

Las leyes bien escritas agradan a todos o sino a la mayor parte; y los que al principio no se conquistan por falta de inteligencia, la experiencia los conquista luego y los persuade. Háganse leyes sin prólogos, sin prosa y sin aparato de voces que las enervan, las degradan y las exponen a interpretaciones que las frustren.

Madrid a 4 de Mayo de 1794. Viegas.

(AHN, Estado, leg. 3249)

3. INFORME DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA SOBRE LA NOVISIMA

Don Bartolomé Muñoz con fecha del ocho de Noviembre del año próximo pasado comunicó a este Colegio una orden de V.A. para que manifestase las obserbaciones que hubiese hecho sobre la Novísima Recopilación, y que en el caso de no haver advertido en ella ningún defecto lo hiciese también presente. El Colegio para cumplir con ella desearía que estas obserbaciones fuesen el resultado de un examen mui detenido, y de un análisis completo pero ni su instituto lo permite, ni el tiempo que se les ha concedido sería bastante para perfeccionar un trabajo tan complicado mucho más quanto su atención está distrahida con otros Códigos Civiles mui diversos que gobiernan en esta Provincia; mas supuesto que en la citada orden no se exige que las obserbaciones se hagan de nuevo sino que se expongan las que se tienen hechas, el Colegio procederá a manifestar aquellas que se han ofrecido a sus individuos en las prácticas de los negocios forenses.

Nada se advierte sobre si la Recopilación Novísima debe examinarse baxo el aspecto de un Código, o de una Compilación. Mirada como Código es enteramente viciosa en su forma, y en su esencia. La obscuridad, vervosidad de las leyes y las inoportunas exposiciones de los motivos que hubo para promulgarlas desdicen de la concisión, y laconismo que debe tener un Código; y por

otra parte no hay sistemas ni principios fijos, ni instituciones estables de donde se derivan; muchas son obra de la casualidad, y casos particulares, y otras no son acomodadas a las ideas, y costumbres de nuestro siglo.

La Novísima Recopilación en opinión del Colegio merece más el ser mirada como una Compilación de las leyes existentes. El Compilador, mirada con este carácter, ha reunido en cada libro todas las que conciernen a cada materia subdividiéndolas en diversos títulos, y dándoles el orden que ha considerado más oportuno para evitar las dudas, y confusiones que podían causar a los Jueces, y Jurisconsultos la multitud de las leyes diseminadas en distintos Códigos; la variedad de las circunstancias en que fueron establecidas, y el diverso espíritu con que fueron dictadas proporcionando siempre a las ideas, necesidades, e intereses que reinaban en los siglos en que respectivamente se promulgaron.

El Compilador ha hecho para conseguir este importantísimo fin quanto estaba de su parte, por lo mismo su obra es más digna de elogio que de censura, y los Profesores de Jurisprudencias apreciarán en su justo valor el prolixo trabajo que deve haverle costado su formación. Sin embargo el colegio ha obserbado en casi todos los doce libros de que consta la Novísima muchas leyes que devian haverse omitido, unas por anticuadas, y derogadas, y otras por multiplicadas, y repetidas de las quales se citaron algunas por vía de exemplo.

Las leyes, 8 y 9 título 10, libro 12, están derogadas por la ley 21, del título 4.º, que es posterior.

En el título de los Menestrales, y Jornaleros que es el, 26, del libro 8.º, se ve la Ley 4.ª, promulgada en, 1373, que disponía que los concejos con los Alcaldes hicieran en cada Pueblo, y luego se halla una nota al pie de la misma de la Real Provisión de, 29, de Noviembre de 1767, por la que se dio libertad a los jornaleros para concertar sus salarios con los dueños de las tierras. No había, pues, necesidad alguna de compilar semejante ley ni auonar la real provisión porque aquella está derogada y porque la libertad que esta contiene siempre se supone si expresamente no se coarta.

En el título 23, del libro 12, podían haverse omitido casi todas las leyes que preceden quizás en razón de que estas compre-

hende ya quanto deve obserbarse sobre la materia, y deroga muchas disposiciones anteriores.

Igual supresión podía hacerse de las 2.^a y 13, del título 6.^o, libro 6.^o, por quanto en la, 14, se dan ya todas las reglas que deben observarse para el reemplazo del escrito.

Después de la espulsión de todos los judíos decretada en la ley 3.^a, del título 1.^o, libro 12, parece ya de ningún uso la ley 1.^a, del mismo establecida en tiempo que aún eran permitidas los judíos, y moros en España.

La ley 3.^a, del título 22, del mismo libro 12, en que se establecen las reglas que deven obserbarse en los contratos celebrados entre cristianos, moros, y judíos es mui inútil por la misma razón.

La ley 2.^a, título 17, libro 10, devia hacerse omitido en vista de la 12, del mismo título, y aún como contradictoria pues aquella dice que los Mayorazgos no podían fundarse antiguamente sin licencia del Rey, y esta da a entender que la livertad de fundarlos sin preceder permiso alguno cesó en el año 1780.

La prohibición hecha, y reencargada en las leyes 8.^a y 9.^a, del título 13, del libro 6.^o, de andar las mugeres con el rostro descubierto, la de que ninguna persona de qualquiera clase que sea pueda hacer, o mandar hacer coche de nuevo sin licencia del señor Presidente del Consejo, y que nadie pueda vender, permutar, o en otras maneras enagenar el coche sin nuevo permiso del mismo Presidente como se ordena en la ley 8.^a, título 14, y otras muchas diposiciones sobre trages, uso de literas, y otros muebles, y alhajas que contienen las leyes de los títulos 13 y 14, son mui importunas en una compilación de las leyes vigentes, y devian reservarse para una obra cuio obgeto fuese la historia de nuestra legislación.

La ley 2.^a, del título 2.^o, libro 6.^o, habla del privilegio del hidalgo para no ser preso por deudas no exceptuadas en la misma ley la 9.^a, es confirmatoria, y la 10, contiene una excepción de las anteriores. Todas estas tres leyes devian haverse refundido en una sola, y aún esta podía haverse omitido supuesto que la ley posterior convierte este privilegio en una regla general.

Estas son las observaciones que el Colegio tiene que hacer en cumplimiento de la orden de V.A.

Zaragoza 22 de Febrero de 1817

(AHN Consejos, leg. 4176-1, pirza 2.ª, fol. 47-48)

4. INFORME DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA SOBRE LA NOVÍSIMA

El claustro general de Catedráticos de esta Universidad Literaria recibió de V.A. con carta firmada por el secretario Don Bartolomé Muñoz en 3 de Agosto del año próximo pasado el honoroso encargo de informar las observaciones que hubiese hecho del uso y estudio de la Novísima Recopilación y del primer suplemento de Leyes formado por Don Juan de la Reguera, defectos que hubiese advertido y correcciones que debieran hacerse o a manifestar no haber notado hasta el día cosa digna de enmienda.

El objeto de este cometido se reduxo, en sentir del Claustro, a confrontar las órdenes dadas por la superioridad a Don Juan de la Reguera para la compilación de dicho Código, con el Código mismo a fin de que resultase de este Cotejo el buen o mal desempeño del comisionado.

Las instrucciones que se le dieron, según resulta de la cédula confirmatoria de la Novísima Recopilación que va al frente de ella, se dirigieron a encargarle la metódica reunión de todas las leyes del Reyno de vigorosa observancia, ilustrando su texto con notas tomadas de los autos acordados o de las leyes ya antiguadas o derogadas, o finalmente de monumentos histórico legales.

Para desempeñar, pues, el Claustro el informe pedido con la correspondiente exactitud se creyó en obligación de examinar los inmensos materiales de que se compone dicho cuerpo de leyes y meditar además sobre la distribución que se les ha dado por el compilador.

De esta prolixa averiguación resultó a juicio del claustro que la Novísima Recopilación ha reunido todas las decisiones legales

no derogadas que existían antes en la nueva Recopilación en las colecciones de pragmáticas, cédulas, órdenes, o reales decretos, o se hallaban supultadas en el polvo de los archivos.

Que el todo y cada una de las partes de tan voluminosa obra se halla encadenado metódicamente entre sí cuanto lo permite la naturaleza de la misma.

Y que las notas de que se halla enriquecida son otros tantos comentarios colocados oportunamente para la mejor inteligencia del texto.

Por ello juzga el Claustro haber llenado el autor las medidas de su penosísimo encargo; y no se le ofrecen por ahora observaciones que elevar a la consideración del V.A. Pero si con el tiempo las descubriese cuidará de representarlas en cumplimiento de lo que se ha servido mandarle V.A.

Por último el Claustro debe manifestar a V.A. con una franca sumisión que el mencionado Código de la Novísima Recopilación sería tal vez susceptible de mejoras si se tratase de formar otro aprovechando los preciosos materiales que encierra; pero no habiéndose extendido tanto la comisión del encargado, no puede esta observación rebajar en manera alguna el mérito relevante que contrajo por el buen desempeño de la que se le cometi6. Es quanto se le ofrece decir el claustro sobre el particular.

Valencia 5 de Mayo de 1816

(AHN Consejos, leg. 4176-1 pieza 3.ª, fol. 38-39)

5. INFORME DE LA AUDIENCIA DE ASTURIAS SOBRE LA NOVISIMA

La Real Audiencia de Asturias enterada de la representación que hizo a S.M. Don Juan de la Reguera Valdelomar, redactor de la Novísima Recopilación, y cumpliendo con la orden de V.A. de tres de Agosto deve manifestar.

Que sólo ha advertido no haberse incluido en la Novísima Recopilación ni en el primer suplemento los Reales Decretos, Orde-

nanzas y Pragmáticas de creación de vales reales y demás que tratan de su amortización o extinción; los Reales Decretos, Reales Cédulas e instrucciones sobre enagenación de fincas de memorias, obras pías y de bienes eclesiásticos; y algunas otras.

Pero respecto que este defecto puede subsanarse en los suplementos sucesivos que ha ofrecido el Redactor, nada tiene que añadir la Audiencia a la exposición de su fiscal que ha acordado sirva de informe, y al efecto acompaña testimonio de ella.

Oviedo, dos de Diciembre de mi ochocientos quince

(AHN, Consejos, leg. 4176-1, pieza 4.ª fol. 16)

6. INFORME DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MALLORCA SOBRE LA NOVISIMA

El Real Colegio de Abogados de Mallorca en vista de la Real Orden de 3 de Agosto de este año por junta que consiguiente a ella tubo en 3 del que rige con asistencia de algunos letrados más abisados a este fin resolvió ynformar como lo hace que en la obra de la Novísima Recopilación y primer suplemento de Leyes formado por Don Juan de la Reguera no ha observado defecto que merezca corrección alguna. Lo que comunico a V.S. para que se sirba ponerlo en noticia del Consejo.

Palma de Mallorca y cuatro Noviembre de 1815

(AHN, Consejos, leg. 4176-1, pieza 2, fol. 3)

Real Provisión de su Majestad, y señores del Consejo, por la que se prohíbe el Despacho, Lectura, retención, y qualquiera nueva impresión o copia a la mano del Papel o Discurso, estampado en Valencia por Benito Monfort en el presente año, con el título de Puntos de Disciplina Eclesiástica, su Autor Don Francisco de Alba, Presbytero, en la conformidad que se previene.

Don Carlos, por la gracia de Dios, Rey de Castilla, de León, de Aragón, de las dos Sicilias, de Jerusalén, de Navarra, de Granada, de Toledo, de Valencia, de Galicia, de Mallorca, de Sevilla, de Cerdeña, de Córdoba, de Córcega, de Murcia, de Jaén, Señor de Vizcaya, y de Molina, etc. A todos los Presidentes, Regentes, y Oidores de las nuestras Chancillerías, y Audiencias Corregidores, e Intendentes, Asistente, Gobernadores, Alcaldes mayores y ordinarios, y demás Jueces, y Justicias, Ministros, y Personas de todas las Ciudades, Villas, y Lugares de estos nuestros Reynos, así de Realengo, como de Señorío, Ordenes, y Abadengo, a quien lo contenido en esta nuestra Carta toca, o tocar puede en qualquier manera, salud y gracia.

Sabed, que enterado el nuestro Consejo de que un Discurso, impreso en Valencia en la Imprenta de Benito Monfort en el presente año, intitulado *Puntos de Disciplina Eclesiástica* propuesto a los Sacerdotes por Don Francisco de Alba, Presbytero, contenía proposiciones injuriosas a nuestra suprema Potestad, y demás Príncipes Soberanos, y perjudiciales a la pública tranquilidad, y a la buena correspondencia y armonía del Sacerdocio, y el Imperio, perturbativas del orden político, y productivas de graves perjuicios al Estado, se tomó la providencia correspondiente para suspender dicha impresión, y recoger el manuscrito original. Y habiéndose examinado con la más atenta reflexión por los del nuestro Consejo, proveyeron en doce de este mes el Auto del tenor siguiente:

En la Villa de Madrid, a doce de Junio de mil setecientos y setenta, los Señores del Consejo de S.M. en Sala primera de Gobierno, habiendo visto el expediente causado con motivo de un discurso, impreso en Valencia en la Imprenta de Benito Monfort en el presente año, intitulado: *Puntos de Disciplina Eclesiástica*, propuestos a los Señores Sacerdotes, su autor Don Francisco de Alba, presbytero, que se dice doctor en sagrados Cánones, misionero, y Director en ejercicios de los Señores Eclesiásticos, el manuscrito original del mismo, con las Licencias y Censura que está al fin: las declaraciones hechas por el referido Don Francisco de Alba en los días veinte y cinco de abril, y seis de Mayo de este año, en que se le hicieron presentes las equivocaciones e irregularidades de su escrito, los informes tomados en este asunto, diligencias executadas sobre la impresión y recogimiento del citado escrito, y fi-

nalmente el Memorial dado a S.M. por el mismo Don Francisco de Alba. Dijeron.

Que debían prohibir, y prohibieron absolutamente el despacho, lectura, retención, y qualquiera nueva impresión o copia a la mano del papel o discurso, estampado en Valencia por Benito Monfort en el presente año, con el título de *Puntos de Disciplina Eclesiástica*, propuestos a los Señores Sacerdotes, su autor Don Francisco de Alba, Presbytero, Doctor en Sagrados Cánones, Misionero, y Director en Exercicios de Señores Eclesiásticos, por contener, como contiene, un gran número de proposiciones, doctrinas y conclusiones respectivamente absurdas, irónico-satíricas, falsas y fundadas en Textos truncados, y sentencias de Autores mal entendidas, injuriosas a la Suprema Potestad del Rey, y demás Príncipes Soberanos, perjudiciales a la pública tranquilidad, y a la buena correspondencia y armonía del sacerdocio, y el Imperio, perturbativas del orden político, y productivas de graves perjuicios al Estado: y que en su consecuencia se retenga el original, impreso remitido al Consejo, y se archive.

Que se recojan, con los que ya lo están, y de todas y qualesquiera personas en cuyo poder pararen, todos los demás exemplares impresos o manuscritos de esta Obra, que se hayan esparcido en el Obispado de Teruel, Reyno de Valencia, y qualquiera otro de los Dominios de S.M., los quales de la misma manera se remitan y archiven en el Consejo: a cuyo fin, y para que así se execute, se expidan Ordenes cillulares a las Chancillerías y Audiencias, Corregidores, y demás Justicias ordinarias del Reyno, con encargo especial para su más exacta observancia.

Que en atención a que de los informes, diligencias, instrumentos, y declaraciones del presbytero Don Francisco de Alba, executadas e incorporadas en la información de nudo hecho mandada recibir sobre este asunto, resulta por su propia confesión, que el sobredicho presbytero no ha estudiado el Derecho Canónico, como ha supuesto: que ignora hasta el modo, método y lugares con que se citan, y en donde se hallan los Textos, Capítulos, y Cánones del mismo Derecho: que no ha leído, ni visto los Concilios de que se vale: que ha truncado y alegado, diminutas y mal entendidas, muchas autoridades de Santos Padres y Autores, para probar lo que ellos no dixeron, y equivocar a los menos inteligen-

tes: que se halla gravemente indiciado de haber prestado su nombre a esta Obra, de concierto con otros espíritus turbulentos, sostenedores de doctrinas mas seguras, desafectos al Gobierno y perturbadores de la Pública tranquilidad: Que después de haber presentado el original de su Obra, y obtenido la licencia, añadió a ella subrepticamente una gran parte de períodos, discursos, y expresiones mucho más disonantes y reprehensibles, que las que ya había manifestado: Que para autorizarse con el vulgo se tituló Doctor en Sagrados Cánones, meses antes de obtener tal Grado: Que aún este le consiguió sin examen, presencia personal en Universidad pública y aprobada, ni otro requisito de los prevenidos por las Leyes, y sólo mediante un Diploma despachado en Parma por el Duque Sforzia Cesarini, a costa de quince o diez y seis pesos; y posteriormente usó de su título en la frente de su Obra, contra la expresada prohibición de la Ley del Reyno: Que de la misma manera había falsificado el grado de Bachiller en Artes por la Universidad de Salamanca, ingiriendo su nombre en lugar del de su hermano Don Manuel, suponiendo haberse graduado en el año de mil setecientos quarenta y uno, quando consta, que no obtuvo tal grado hasta el de mil setecientos cincuenta y siete. Que habiendo emprehendido el Sagrado Ministerio de Misionero, y una extravagante vida solitaria, sin la necesaria provisión de ciencia, instrucción, y facultades requeridas, y en su continuación pasado al Obispado de Albarracín, donde pretendió erigir y establecerse en una ermita, y predicado varios sermones escandalosos, injuriosos a personas particulares, y en común a los más respetables Estados Eclesiástico y Secular, fue preciso recogerle las licencias de predicar y confesar, y prohibirle la construcción de su pretendido eremitorio. Y que finalmente, por toda la serie de sus operaciones, por escrito y de palabra, se halla comprobada su falta de ciencia y prudencia para manejar los empleos de escritor en materias de la más escrupulosa delicadeza, y de Misionero y Director de Espíritus, con peligro evidente de sembrar e introducir en el público máximas y opiniones llenas de inconvenientes, fanatismos, y capaces de pervertir la sencillez de los Pueblos, en que tanto más fácilmente se ha excedido hasta aquí, quanto sin más destino ni obligación, que el de su capricho, se halla de muchos años a esta parte fuera de su Diócesi originaria, y voluntariamente distraído de la sujeción y obediencia, que por sus orde-

nes debe a su ordinario, cuyos daños necesitan de pronto y eficaz remedio.

Para ello, el sobredicho Don Francisco de Alba sea conducido y presentado al Reverendo Obispo de Salamanca, a quien se remitirá copia íntegra de las noticias reservadas, que constan en el expediente de orden del Consejo, para que instruido de su contexto, cuide de la conducta de este presbytero, recogién-dole cualesquiera licencias con que se halle para predicar y confesar, sin permitirle publicar, escribir, ni tratar materias, que tengan relación en qualquiera manera con las pertenecientes a las Supremas Potestades Eclesiástica y Secular, o tocantes al Gobierno universal o particular del Estado Político, y dando cuenta al Consejo de qualquiera contravención, que a esta providencia execute el citado Alba, al qual se le entregue el título de bachiller, que obtuvo en el año de mil setecientos cincuenta y siete, quedando copia en los autos, y se retenga el despachado por el Duque Sforzia Cesarini, como opuesto a las leyes del Reyno.

Que al Doctor Don Vicente Catalá, Rector de San Salvador de Valencia, se le prohíbe enteramente, que en adelante pueda censurar libro, ni escrito alguno, ni para ello admitir comisión o encargo, qualquiera que sea: y se le previene, que en lo sucesivo arregle sus dictámenes y opiniones a las que contengan sana doctrina, y no puedan producir malas consecuencias contra la tranquilidad del Estado.

Que se saquen doscientos ducados de multa al impresor Benito Monfort, a quien igualmente se apercibe, que en adelante no imprima, ni mande o permita imprimir en su oficina escrito alguno, que contenga más que aquello para que el autor le presente las licencias legítimas y necesarias.

Que se expida Orden y Cédula Real circular a todos los Presidentes, Regentes, y Corregidores de las Chancillerías, Audiencias, y Ciudades del Reyno, a fin de que no concedan licencia alguna para imprimir papeles, que directa o indirectamente traten de materias de potestad, o de jurisdicción eclesiástica, secular, o Gobierno, y manden a los que las solicitaren, acudir para ello al Consejo. Y para que esta Providencia se haga notoria al público, se imprima, reparta, y despache en la forma ordinaria. Y lo señalaron.

Y para que se cumpla lo resuelto, se acordó expedir esta nues-

tra Carta: Por la qual os mandamos a todos y a cada uno de vos en vuestros distritos y jurisdicciones, que luego que la recibais, veais el Auto que queda iserto, y en la parte que respectivamente os toca, le guardeis, cumplais, y hagais guardar, cumplir y executar en todo y por todo, según y como en él se contiene, con encargo especial que os hacemos para su más exacta observancia. Que así es nuestra voluntad; y que al traslado impreso de esta nuestra Carta, firmado de Don Juan de Peñuelas, nuestro Secretario, y Escribano de Cámara y de Gobierno, se le dé la misma fé y crédito que a su original. Dada en Madrid a diez y nueve de Junio de mil setecientos y setenta.

(AHN, Reales Cédulas, n.º 268)

JOSÉ LUIS BERMEJO CABRERO

PUBLICACION Y PUBLICIDAD DE LA LEY EN EL SIGLO XVIII: LA GACETA DE MADRID Y EL MERCURIO HISTORICO-POLITICO

SUMARIO: 1. Breve justificación de nuestro objeto.—2. Un problema inicial: el concepto de publicación.—3. La Gaceta de Madrid y el Mercurio histórico-político: algunos datos previos.—4. El publicismo anterior a 1756.—5. 1756-1784: Ilustración y prensa oficial.—6. 1784-1808: el publicismo impositivo.—7. Promulgación, publicación, divulgación.—8. La forma de la ley como publicación.—9. La observancia como determinante de las formas de publicación: publicaciones restringidas y publicaciones generales.—10. Publicación y obligatoriedad.

1. BREVE JUSTIFICACION DE NUESTRO OBJETO

Aunque resulta evidente la necesidad de realizar estudios que pongan en relación las diversas formas de positivación del principio de publicidad, utilizadas durante el siglo XIX, con las distintas realidades constitucionales del período, existen ya algunos datos mínimos que permiten hacerse una idea del papel desempeñado por la Gaceta de Madrid como periódico oficial encargado, con más o menos restricciones, de la publicación de la ley durante el siglo XIX, y también se han citado, aunque falte igualmente un análisis sobre las mismas, bastantes de las normas que definen dicha publicación¹, en un proceso que culmina en el artículo 1 del Código Civil de 1889.

Sin embargo, en un primer acercamiento a la bibliografía exis-

¹ PÉREZ DE GUZMAN y GALLO, J, *Bosquejo histórico documental de la «Gaceta de Madrid»* Madrid, 1902 BOQUERA OLIVER, J M, «La publicación de disposiciones generales», *Revista de la Administración Pública*, núm 31, 1960, p 81 y ss BERMEJO VERA, J, *La publicación de la norma jurídica*, Madrid, 1977, p 51 y ss ESCRICHE, J., «Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia», Madrid, 1838 En *Voz Gaceta y Boletín Oficial de la Provincia*

tente hemos podido constatar la escasez de datos sobre esta cuestión en el siglo XVIII, ya que la aparición de dicho periódico se remonta a los años finales del XVII². Entre los autores más específicamente dedicados al estudio de la prensa española de dicho siglo, o bien se ignora el asunto³, mencionando genéricamente la inclusión de noticias político-militares⁴, o bien se afirma que hasta 1808 se limita a publicar noticias, siendo a partir de esa fecha cuando «fué dando lugar cada vez más a las Reales Ordenes y Decretos, bien que éstos, durante muchos años, se circularon en Gacetas Extraordinarias». Noticia tan imprecisa es dada además en un artículo titulado «Historia de la Gaceta de Madrid», y publicado en el propio periódico⁵. Pérez de Guzmán, otro historiador del medio, ni siquiera se aventura a concretar el momento: «poco a poco deja de ser vehículo de noticias políticas y generales para convertirse en un periódico promulgador de resoluciones oficiales»⁶.

Esta ignorancia de la bibliografía más especializada contrasta con el índice de legislación publicado por Dou⁷, que incluye a partir de 1760 normas aparecidas tanto en la Gaceta de Madrid, como en el Mercurio histórico-político, periódico que también compartía con aquella su característica de prensa oficial durante esos años⁸.

² PÉREZ DE GUZMÁN, p. 42 y ss. SCHULTE, H., *The spanish press, 1470-1966* Chicago-London, 1968, p. 75 y ss. y VARELA, E., *Gazeta nueva, 1661-1663 Notas sobre la historia del periodismo español en la segunda mitad del XVII* Madrid, 1960.

³ GUINARD, P., *La presse espagnole de 1737 a 1791 Formation et signification d'un genere* Paris, 1973. HAMILTON, A., «The journals of the eighteenth century in Spain». *Hispania XXI*, 3, octubre de 1938, pp. 161 a 172. KASTNER, A., «La historia de la prensa española desde 1500 a 1800» *Gaceta de la Prensa Española* 1943, II, núm. 9, pp. 540-550. SAIZ DE ROBLES, M. D., *Historia del periodismo en España*, tomo I, Madrid, 1983.

⁴ ENCISO RECIO, L. M., *La Gaceta de Madrid y el Mercurio histórico y político, 1756-1781*, Valladolid, 1957, p. 32.

⁵ FERNÁNDEZ GUERRA Y ORBE, A., «Historia de la "Gaceta de Madrid"», *Gaceta de Madrid de 1 de enero de 1860*.

⁶ *Op. cit.*, p. 47.

⁷ DOU Y BASSOLS, R., *Instituciones de Derecho Público general de España, con noticia particular de Cataluña* Madrid, 1800, tomo IX.

⁸ TRENAS, J., en su artículo «Periódicos madrileños del siglo XVIII. El Mercurio histórico-político», afirma que durante el reinado de Carlos III «el "Mercurio" incluye copiadas textualmente entre sus numerosas páginas todas las pragmáticas

La constatación de estas lagunas y contradicciones definió nuestro interés en un primer momento, interés que como veremos más adelante derivará también hacia otras cuestiones, por realizar una investigación centrada en ambos periódicos, en la confianza de que un acercamiento a sus contenidos podría aportar datos que quizás permitieran definir la participación de la prensa oficial en la publicación de las normas durante el siglo XVIII. Hemos realizado pues una lectura comparativa de dicha prensa, partiendo de la edición microfilmada de la Gaceta de Madrid⁹ y de los ejemplares del Mercurio existentes en la Biblioteca general de la Universidad de Sevilla, además de las imprescindibles consultas bibliográficas.

2. UN PROBLEMA INICIAL: EL CONCEPTO DE PUBLICACION

Si bien en un momento posterior expondremos nuestras conclusiones, basadas en los textos utilizados, sobre qué se entiende por publicación de la ley en el siglo XVIII, y qué consecuencias tiene la misma para validez y la eficacia de la norma, queremos poner aquí de relieve la precariedad de nuestro bagaje inicial.

Para todos los estudiosos de derecho actual «el tema de publicación de las normas jurídicas es, pese a su importancia uno de los temas relegados a segundo término en el análisis general de

y disposiciones de este monarca». En *Gaceta de la Prensa Española* Madrid, 1942-1951, núm 6, p 349.

⁹ Edición en la que hemos observado algunas ausencias injustificadas. Si bien puede discutirse la relación de la «Gaceta de Madrid» con los ejemplares publicados bajo la dirección de Fabro Bremundan desde 1661, y que reciben nombres diversos (SCHULTE, p 76 y ss.), parece cierto que desde 1697, fecha en que Juan de Goyeneche adquiere el privilegio de su impresión, y en concreto desde el número de 2 de abril de 1697 recibe el nombre de «Gaceta de Madrid» (PÉREZ DE GUZMAN, p 85 y SCHULTE, p 68) La edición realizada por el «B.O E » comienza el 6 de enero de 1711, fecha que no parece tener más relevancia que la de corresponder al comienzo de su impresión en la imprenta de Juan de Aristra. Igualmente hemos podido comprobar una importante laguna en los números correspondientes a la «Gaceta del Gobierno», que se comenzó a publicar semanalmente en Sevilla a partir del 6 de enero de 1809 La edición microfilmada contiene únicamente números hasta el 29 de agosto del mismo año, mientras que en la Hemeroteca de Sevilla los hay hasta el 23 de enero de 1810 Y esas son también las fechas que da PÉREZ DE GUZMÁN, p 135

la teoría de las fuentes de derecho»¹⁰. En lo que respecta al derecho histórico la carencia de estudios específicos resulta especialmente evidente. En el derecho contemporáneo parece predominar la opinión de que la publicación de la norma «es un requisito esencial para la existencia de la misma, no una simple condición de eficacia»¹¹, siendo por tanto un acto constitutivo, que determina además la fecha de vigencia, aunque no faltan tampoco autores y jurisprudencia que la consideran un mero requisito de eficacia¹².

En el análisis histórico que algunos de estos autores realiza, orientado generalmente a ilustrar teorías contemporáneas, existe una tendencia a afirmar la «categoría de principio permanente e inmutable que posee el requisito de la publicidad de las normas», en una valoración de los textos utilizados difícilmente compartible, en cuanto se ignoran tanto los momentos históricos que determinan su contenido, impidiendo generalizaciones, como la problemática jurídica del momento¹³.

Ya D'Atena ha señalado en este mismo sentido, considerándola poco convincente, la actitud de los autores que al estudiar la publicación de las fuentes normativas lo hacen desde una perspectiva unitaria, entendiendo que en el curso de perfeccionamientos graduales se habría pasado de remotos fenómenos de publicidad a fenómenos más evolucionados, aunque sin cambios sensibles. El autor advierte contra la tentación de poner sobre el mis-

¹⁰ BERMEJO VERA, p. 13

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de derecho administrativo*, tomo I, Madrid, 1974, pp. 79 y 80; y BOQUERA OLIVER, pp. 77 y ss

¹² VILLAR PALASÍ, J. L., *Apuntes de derecho administrativo. Parte general* Tomo I, Madrid, 1974, p. 476, y GARCÍA GOYENA, F., «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español» Zaragoza, 1974, pp. 1 y 2

¹³ BERMEJO VERA, p. 50. A modo de ejemplo, no puede olvidarse que el auto acordado de 1 de abril de 1761 (N.R. 12, tit. 2, lib. 3) está en estrecha relación con el motín de Esquilache, en cuyo desarrollo el rumor fue utilizado como factor de agitación. Asimismo, de la «Consulta de la Junta del Nuevo Código de Indias al Rey en relación con el Real Decreto de 21 de marzo de 1792», de 8 de noviembre del mismo año, se utilizan únicamente los párrafos en que se reivindica un principio de publicidad, que queda muy relativizado con la lectura completa de dicha consulta y del Real Decreto que la origina.

La discrepancia parece estar motivada más por quien expide las cédulas que por el respeto a determinados principios publicitarios, principios que, por otra parte, no parecen afectar a la legitimidad de la aplicación del Código en el Con-

mo plano situaciones históricas que no han tenido dignificativos puntos de contacto: «se l'esigenza di comunicare il contenuto delle norme di fonte attizia può configurarsi come una costante, immanente a tutti gli ambienti di convivenza sociale dotati di un minimo di complessità, la forma ed il modo della comunicazione stessa, l'oggetto di essa, gli effetti ricollegati al suo verificarsi, possono considerarsi altrettante variabili, strettamente correlate alla struttura delle società in cui si sono affermate, ai principi che di queste hanno informato l'organizzazione, alle ideologie politiche dominanti, alle concezioni in ordine alla natura ed ai caratteri del diritto»¹⁴.

Y tras advertencia tan razonable era preciso realizar un acercamiento a lo investigado sobre la materia en el Antiguo Régimen, que resultó breve, siendo en algunos casos lo aportado escasamente clarificador¹⁵, a veces por ignorarse la problemática jurídica¹⁶. Destacaremos en cuanto que nos permite algún punto de partida, el artículo de García Gallo que, aunque ceñido a la ley en Indias en el siglo XVI, contiene una serie de datos que parecen haber sido comunes a períodos históricos más amplios¹⁷.

Distingue el autor entre leyes y pragmáticas, que «habían de ser publicadas mediante pregón en las plazas y mercados de los pueblos ante Escribano público, que debía levantar testimonio de su publicación...» y las disposiciones de gobierno que «sólo cuando se dirigían a todas las autoridades y particulares o lo dispuesto en ellas afectaba a toda suerte de personas, era necesario publicarlas para que llegasen a general conocimiento». De su expo-

sejo y vía reservada de Gracia y Justicia. Ver los documentos en GARCIA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1973-1975, vol. II, pp 232 y 233. Con el presente artículo ya en imprenta se publica por RODRIGUEZ ZAPATA J., «Sanción, promulgación y publicación de las leyes», Madrid, 1987, en la que el capítulo titulado «Avatares históricos de la sanción, promulgación y publicación» es todo un paradigma de osadía ante la historia del derecho.

¹⁴ D'ATENA, A., *La pubblicazione delle fonti normative*, I. «Introduzione storica a pemesse generali» Padova, 1947, pp 62 y 63.

¹⁵ ARVIZU y GALARRAGA, F., «Sanción y publicación de las leyes en el Reino de Navarra». *AHDE*, 1972, pp. 733-744.

¹⁶ ARTOLA, M., *La legislación del Antiguo Régimen* Madrid, 1982. CABRERA BOSCH, M. I., «El poder legislativo en la España del siglo XVIII» en *La economía española al final del Antiguo Régimen*, tomo IV, Madrid, 1982, pp. 187-265.

¹⁷ GARCÍA GALLO, A., «La ley en Indias en el siglo XVI». *AHDE*, 1951-1952, tomo XXI-XXII, pp 607-730.

sición se deduce el uso de la imprenta y el pregón para conseguir la máxima publicidad de las normas, tanto en los casos de leyes y pragmáticas, como en las disposiciones de gobierno, pero también la existencia de otras que deben ser cumplidas y ejecutadas «aunque no hayan sido publicadas ni pregonadas».

La discrecionalidad de la decisión en cuanto a las provisiones parece estar en manos del Consejo de Indias, en cuyas Ordenanzas, después de afirmarse que deben ser «públicas y manifiestas a aquellos a quienes lo devan ser y tocan», lo que evidencia un concepto restrictivo que justifica el que se envíen sólo a determinadas autoridades, añadiéndose además la salvedad de «si a los del Consejo pareciere que conviene que alguna provisión sea secreta, porque en tal caso mandamos que no se haga la dicha publicación; y para que se entiendan las que se an de publicar, o no, mandamos que las que se ovieren de publicarse ponga en ellas la forma, tiempo y lugar donde se uvieren de publicar»¹⁸. García Gallo entiende que con ello queda «afirmado el principio de publicidad sólo de las disposiciones de gobernación de interés general», mientras que a nuestro juicio, lo que parece deducirse es una discrecionalidad del Consejo, no sólo en determinar las disposiciones que deben ser publicadas y las que no, sino también en la decisión de la forma, el tiempo y el lugar en que deba hacerse.

La idea de que la validez de los actos normativos debe subordinarse al cumplimiento de una determinada actividad publicitaria aparece en estos datos bastante relativizada. Y no sólo en el Antiguo Régimen. Si bien parece considerarse generalmente que es a partir de la Constitución de Cádiz cuando puede empezar a hablarse, aunque con las precisiones correspondientes a las diversas regulaciones constitucionales del siglo XIX, de la existencia de garantías para el ciudadano en la elaboración de las normas jurídicas y en su exteriorización¹⁹, dichas garantías parecen ser también muy relativas.

Y así, en la justificación que acompaña al Real Decreto de Bravo Murillo de 1851, se considera que la inserción en la Gaceta de las disposiciones generales es «conforme con el sistema de publi-

¹⁸ *Op cit*, pp 617, 630, 642 y 643.

¹⁹ GONZALEZ NAVARRO, F, «La sanción de la ley en el derecho español» *Boletín informativo de ciencia política*, núm 13-14, 1973, p 123 y ss Y BERMEJO VERA, p. 28 y ss

cidad que exige el gobierno representativo», afirmándose además que «no es nuevo el pensamiento de hacer de la Gaceta el medio único de comunicación para una gran parte de los Reales decretos, órdenes e instrucciones del gobierno. Ya esto se ha observado con éxito en diferentes épocas». Esa relación que el texto establece entre un gobierno representativo y determinados sistemas publicitarios nos remite a planteamientos jurídicos que parecen identificarse con los surgidos a raíz de la revolución francesa²⁰. Y merece destacarse también, tanto la incógnita actual sobre lo sucedido en otros tiempos, como la orientación restrictiva que evidencia el término «gran parte» utilizado. Dicha orientación se verá además confirmada por el texto del decreto que precisará que se publicarán en la parte oficial de la Gaceta «todas las leyes, Reales decretos y otras disposiciones generales que por su índole no sean reservadas»²¹, calificación que sustraerá de la publicación en la misma a determinadas normas, sin detrimento de su validez y eficacia.

No era mucho pues lo que teníamos como punto de partida: la advertencia de D'Atena como precaución inicial, la idea de que en el Antiguo Régimen determinados organismos podían decidir la publicación o no de las normas y la forma de llevarla cabo, y que los gobiernos representativos tienen un sistema de publicación diferenciada, pero que no obstante admite la existencia de leyes reservadas. Y finalmente algún dato impreciso sobre que en años anteriores a 1851 la Gaceta se usó como medio de comunicación de normas.

Y con bagaje tan escaso iniciamos la lectura de un siglo de prensa oficial.

3. LA GACETA DE MADRID Y EL MERCURIO HISTORICO-POLITICO: ALGUNOS DATOS PREVIOS

Antes de entrar directamente en el tema objeto de nuestra investigación creemos conveniente recordar algunos datos relativos a la trayectoria histórica de ambos periódicos.

Parece haber acuerdo en aceptar que el origen de la Gaceta se

²⁰ D'ATENA, p. 68 y ss.

²¹ Real decreto de 9 de marzo de 1851 *Gaceta de Madrid* de 10 de marzo.

remonta a 1661, estando estrechamente ligada a Juan de Austria y a Fabro Bremundan, servidor suyo, y considerado como el primer periodista ²². En los primeros años aparece con distintos títulos, aunque manteniendo el término *Gaceta*, y sufre también diversas interrupciones, como consecuencia a veces de órdenes reales, y otras en estrecha relación con los altibajos políticos de su mentor ²³, reapareciendo regularmente desde 1667, a partir de la concesión real a Juan de Goyeneche, y ya con el nombre de *Gaceta de Madrid* ²⁴. Para nuestro estudio partiremos, no obstante, de 1711, fecha en que comienza la edición utilizada ²⁵, en la certeza que las conclusiones seguirían siendo similares.

El *Mercurio* por su parte se inicia en enero de 1738 ²⁶. En los primeros años las noticias de España se engloban en el mismo epígrafe que las de Francia y Países Bajos careciendo por tanto de capítulo de Madrid. La razón estaba en que comienza siendo una mera traducción del *Mercurio de La Haya*, incluyendo también otras fuentes a partir de 1745 ²⁷.

En ambos periódicos hay una fecha clave en relación al tema que nos ocupa: la relativa a su conversión en prensa oficial. Por Real Orden de 29 de enero de 1756 el privilegio de impresión del *Mercurio* revierte a la Corona, y otra de 23 de febrero de 1761 ordena otro tanto para la *Gaceta*, que pasa a imprimirse por la Secretaría de Estado ²⁸, que ya con anterioridad había revisado su contenido ²⁹. La razón, tanto para la revisión primero, como para la integración después, está en evitar «el inconveniente en que se caía cuando era un particular el dueño del privilegio de sacar a

²² KASTNER, p. 548; PÉREZ DE GUZMÁN, p. 44, GUINARD, p. 112 y SCHULTE, pp. 75 y ss.

²³ SCHULTE, p. 84.

²⁴ GUINARD, p. 112 y SCHULTE, p. 85

²⁵ Ver nota 9

²⁶ ENCISO RECIO, p. 37 y TRENAS, p. 341

²⁷ En el número de junio de 1742, el editor disculpa la ausencia de un capítulo de Madrid en que el *Mercurio de la Haya* no lo trae y recomienda al público que para conocer las novedades nacionales lea la *Gaceta* TRENAS, p. 357

²⁸ ENCISO RECIO, pp. 28 y 29

²⁹ ENCISO RECIO, L. M., «Prensa y opinión pública». Tomo XXIX de la *Historia de España*, de Ramón MENÉNDEZ PIDAL Madrid, 1985, p. 223

la luz muchas noticias contra la razón de Estado, y aún contra el respeto y decoro de la religión»³⁰.

En el siglo XVIII se observa un incremento en las competencias de la Secretaría de Estado en cuanto a impresiones. Si en 1705 la licencia para su realización corría a cargo del Consejo³¹, las materias de estado debían ser autorizadas por el rey³², lo que se traduce en la intervención de la Secretaría de Estado «porque en ella se debe saber lo que conviene o no publicar de otras Cortes, y no puede ignorar lo que toca a la nuestra siendo inmediato súbdito del Ministro del Estado»³³. Según Guinard estas materias de estado comienzan comprendiendo esencialmente los temas relativos a política extranjera, para terminar englobando todo aquello que tiene relación de cerca o de lejos con la organización administrativa del país³⁴.

La razón fundamental de estas publicaciones era «atender a que VM y el público estuviesen bien servidos»³⁵, lo que significa en definitiva atender prioritariamente el interés del rey.

Para exponer las conclusiones de nuestra lectura hemos adoptado un criterio cronológico, por considerarlo el más idóneo para determinar los cambios que se van produciendo conforme avanza el siglo, y porque la carencia de datos históricos sobre ambos periódicos dificulta la utilización de otros criterios expositivos.

La primera etapa se corresponde con los años anteriores a 1756, siendo por tanto la fecha divisoria la Real orden de 29 de

³⁰ «Representación de Llano al ministro Wall, y de Wall al Rey Carlos III sobre incorporación de la Gaceta de la Corona», PÉREZ DE GUZMÁN, p. 203. El documento menciona «la indiscreción y trastrueque de noticias que imprudente o descuidadamente, salían de ella, hasta que resolvió S.M. obligar a dicho Conde a que antes de imprimirse se hiciese ver y aprobar de uno de los oficiales de esta secretaría».

NR, L. 11, tit. 16, lib. 8

NR, L. 17, tit. 16, lib. 8 y n. 8, 9 y 10. Ver sobre licencias de impresión GÓMEZ REINO y CARNOTA, E., *Aproximación histórica al derecho de la imprenta y de la prensa española 1480-1966* Madrid, 1977, p. 34 y ss.

³³ «Representación del Ministro de Estado, D. Ricardo Wall al rey Fernando VI en queja contra el servicio de la Gaceta de Madrid». PÉREZ DE GUZMÁN, p. 200.

³⁴ *Op. cit.*, p. 25.

³⁵ Ver nota 33.

enero de 1756, por la que el privilegio de impresión del Mercurio revierte a la Corona. La siguiente comprende hasta 1784, año en el que se producen cambios en la gestión de la Gaceta que repercutirían en la publicación de normas, y que dará origen a su vez a un tercer apartado. Este se extenderá hasta 1808, fecha de la invasión napoleónica, y umbral de años constitucionales que, aunque ciertamente discontinuos, exigen una investigación separada. Para finalizar, y teniendo a la vista las conclusiones anteriores, aportaremos algunas reflexiones, surgidas al hilo de la lectura de las numerosas normas utilizadas, sobre el concepto de publicación en el siglo XVIII. Reflexiones que pretenden únicamente aportar una serie de sugerencias que pudieran ser de utilidad para el manejo de normas de este período por futuros investigadores.

4. EL PUBLICISMO ANTERIOR A 1756

Los primeros años no permiten exponer conclusiones conjuntas. El Mercurio no aparecerá hasta 1738, y sólo a partir de 1747 tendrá capítulo de Madrid³⁶. Ya desde estos primeros años la Gaceta contiene, aunque de forma embrionaria, temas que serán constantes durante el siglo. El capítulo relativo a Madrid es el último de los incluidos, tras las noticias procedentes fundamentalmente de países europeos, y traducidas de dicha prensa³⁷.

La estrecha relación entre lo publicado y la historia política del momento hace que esta sea un punto de referencia obligado. Por esta razón el análisis debe hacerse siguiendo los diferentes reinados que se suceden hasta la fecha limitativa del apartado.

³⁶ TRENAS, p. 357, retrasa la primera noticia de Madrid al *Mercurio* correspondiente a diciembre de 1749. En los ejemplares que hemos consultado, y pese a que sus números no son completos, existe ya un capítulo de Madrid en el de mayo de 1747.

³⁷ Destacaremos como temas más frecuentes en estos primeros años los traslados del rey junto con su ejército, las batallas que éste libra, los empleos conferidos por S. M., tanto militares como civiles y eclesiásticos, las entradas de navíos en diferentes puertos, los fallecimientos y los anuncios de libros.

En un primer momento no encontramos textos jurídicos reproducidos literalmente, sino noticias de los mismos, que se ofrecen además por su dimensión política. No obstante resulta significativo el tratamiento publicitario, por el sustrato jurídico que revela, de la renuncia de Felipe V a la corona de Francia. La Gaceta recoge en primer lugar la comunicación de dicha decisión real al Consejo de Estado y a los demás tribunales ³⁸, para pasarse en momento posterior a dar noticia de la firma del instrumento de dicha renuncia, que es posteriormente notificado a las cortes, destacándose que «estas dos funciones se han ejecutado en público». Con bastante retraso se seguirá a estas ceremonias una publicación solemne en Madrid ³⁹.

El primer texto jurídico incluido literalmente es el Tratado de Utrech, al que se añade una frase significativa: «Y para su observancia se han dado las órdenes oportunas, aviéndose publicado en esta villa con toda solemnidad el día 16 del corriente en los parages acostumbrados». La Gaceta de 20 de diciembre recoge pues, con pocos días de diferencia, un texto que ha sido ya publicado con arreglo a un ceremonial preciso ⁴⁰, utilizado también en la renuncia de Felipe V, con lo que en principio la finalidad parece ser la de contribuir a la difusión de lo publicado.

Y excepto esta reproducción literal, en los primeros años del reinado y tras la fórmula «S.M. ha resuelto», «S.M. se ha servido dar regla» o «el Rey ha mandado» se va a dar noticia, resumiendo su contenido, de una serie de normas orientadas fundamentalmente a realizar reformas ⁴¹. Así pues, en los primeros años del

³⁸ Gaceta de 12 de julio de 1712.

³⁹ Gacetas de 8 de noviembre de 1712 y de 21 de marzo de 1713

⁴⁰ Entre los documentos publicados por DE DIOS, S., en *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, Salamanca, 1986, se incluye «Discursos sobre el Consejo y ceremonial del mismo», obra inédita de JUAN DE MORIANA de mediados del siglo XVII, que contiene un epígrafe sobre «La forma y orden que tiene el Consejo para publicación de paces» y otro sobre «Lo que hace el Consejo quando ay rompimiento de pazes u alteraciones de reynos», p. 311 y ss.

⁴¹ Las primeras medidas tomadas para el gobierno de Aragón, el arriendo de Rentas Provinciales, reformas de la administración de justicia y en el funcionamiento de los Consejos Real y de Guerra, más la restitución de las aduanas vascas a las fronteras interiores y otras reformas administrativas (*Gacetas* de 2 y 9 de enero, 6 y 20 de febrero, 1 de mayo y 4 de diciembre de 1714, 19 de enero, 2

reinado de Felipe V se incluyen en la Gaceta numerosas noticias sobre normas reformadoras, aunque no se incluyan sus textos.

En la Gaceta de 12 de febrero de 1715 se anuncia además una impresión especialmente significativa: «El Rey nuestro Señor, estimulado de su religioso y piadoso ánimo y del ardiente zelo con que desea, y ha deseado siempre, que sus resoluciones sean las más justas, zeloso de que, o por mal instruido o poco informado puedan algunas aver sido no conformes a sus justos deseos, ha querido hazer manifiesta a sus Ministros esta rectísima, inmutable intención en un Decreto que firmó de puño propio, y que circular se expidió a todos los Tribunales, que por ser digno del mayor elogio, y cada cláusula una prueba de su magnanimidad, justificación y amor a sus vasallos, se espera poder dar a la Estampa para el Martes que viene». El motivo para difundir impresa entre los vasallos esta norma, que carece de contenido imperativo, y que además se ha comunicado ya a quien corresponde, es que aquellos puedan conocer las buenas intenciones de S.M. A la norma pues se le da publicidad para crear entre los súbditos una opinión. No olvidemos que estamos en los comienzos de un reinado, que supone además un cambio de dinastía.

Ya Murillo Ferrol ha puesto de manifiesto la importancia de la fama como instrumento de conservación del poder, citando las recomendaciones de Maquiavelo y su consideración de que el príncipe debe actuar contando con el eco popular de sus acciones, y también opiniones de autores españoles como Saavedra Fajardo cuando afirma que «no hay monarquía tan poderosa que no la sustente más la opinión que la verdad, más la estimación que la fuerza»⁴². Para Murillo Ferrol «este punto de partida maquiavélico y su difusión a través de las diversas versiones de la corriente de la razón de estado, juntamente con los inicios de una información rudimentaria sobre los asuntos públicos suministrada por los numerosos libelos y libros sobre política en el siglo XVII,

de febrero y 25 de mayo de 1717; 19 de marzo, 23 de abril y 5 de noviembre de 1720, 11 de noviembre de 1721, y 22 de diciembre de 1722). También se recoge sucintamente la vuelta de los Consejos de Castilla, Hacienda y Ordenes a su antigua planta, y las reformas introducidas en los de Hacienda y Guerra *Gacetas* de 18 de junio; 6, 13 y 27 de agosto, y 31 de diciembre de 1715

⁴² Saavedra Fajardo y la política del barroco, Madrid, 1957, p. 311 y ss

así como las primeras publicaciones periódicas aparecidas en esta época en Europa, podían ser consideradas como el comienzo de lo que llamaríamos prehistoria de la opinión pública»⁴³. Para Heller «la importancia política de la opinión pública aparece con la sociedad civil, con la difusión del saber y leer y escribir y el desarrollo de la imprenta, y especialmente de la prensa», vinculando la primera formulación de una doctrina sobre el tema a la escuela fisiocrática, y concretamente a Mercier de la Riviere, «quien se valió de ella en 1767 para defender el absolutismo, al decir que también en esta forma de gobierno quien manda no es en realidad el rey, sino el pueblo por medio de la opinión pública»⁴⁴.

Es evidente, y tendremos ocasión de subrayarlo en diversos momentos del presente trabajo, que se intenta conseguir una opinión pública favorable al rey, negando sin embargo la posibilidad de existencia a la desfavorable⁴⁵. El fenómeno ha sido calificado de «publicismo», en cuanto que lo que hace público es decidido por el rey conforme a una precisa razón política⁴⁶.

Este primer interés por difundir la política innovadora del monarca y sus intenciones deja paso, cuando es país entra en guerra (1718-1719) a un absoluto predominio de las noticias bélicas, y la consiguiente celebración de victorias con luminarias, repique de campanas, besamanos y Te Deums. Es la publicidad representativa, como la califica Habermas⁴⁷, la representación del monarca. Abundan las descripciones de este ceremonial de la corte, estrechamente unido al de la Iglesia⁴⁸. Los únicos datos jurídicos

⁴³ *Estudios de sociología política*, Madrid, 1972, p. 56.

⁴⁴ HELLER, H., *Teoría del Estado*, México, 1981, p. 190. También para HABERMAS «está reservado a los fisiócratas . el relacionar explícitamente la ley con la razón que se manifiesta a través de la opinión pública En ese sentido declaran los fisiócratas que sólo la opinión pública conoce el "ordre naturel" y lo hace visible para que pueda el monarca ilustrado convertirlo, en forma de norma general, en fundamento de su acción» HABERMAS, J , *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, 1981, pp 90 y 91 Ver igualmente MANHEIM, E , *La opinión pública*, Madrid, 1936.

⁴⁵ NR, n 11 y 12, tít. 17, lib. 8.

⁴⁶ MANHEIM, p. 14 PÉREZ PICAZO, M. T , da un contenido diferente al término publicista. Ver *La publicística española en la guerra de sucesión*, Madrid, 1966

⁴⁷ HABERMAS, pp. 48 y ss.

⁴⁸ Como ejemplos, *Gacetas* de 25 de julio de 1719, 11 de noviembre de 1721 y 22 de diciembre de 1722

son anuncios de venta de normas impresas, que se limitan a mencionar el asunto de la misma y su rango, y a indicar la librería en que se venden. En cuanto a la forma de ley aparecen pragmáticas y decretos, bandos y autos. Y en cuanto a los asuntos de que tratan parecen tener en común temas que afectan a la vida privada de los súbditos, y que por lo tanto necesitan del conocimiento de estos para su cumplimiento ⁴⁹.

Y tras unos años de silencio jurídico, 1724 se abre con la abdicación de Felipe V, publicándose literalmente el decreto de 10 de enero expedido para tal fin, que es enviado a todos los tribunales del rey y publicado en ellos el 16 del mismo mes. Subrayaremos que, excepto la inclusión del texto, no hay ningún otro comentario sobre el asunto. La voluntad del rey es hecha pública en el Consejo y este es el encargado de que «se avise a las partes donde convenga, para que llegue a noticia de todos», lo que parece implicar una publicación sucesiva o una publicación y un encargo de publicidad ⁵⁰, cuestión sobre la que tendremos ocasión de volver con más datos.

Cuando el rey, tras el breve reinado de su hijo, vuelve a reasumir la corona, también se reproducirá sin comentarios el decreto correspondiente ⁵¹. Y a raíz de su vuelta al trono se abre en la Gaceta una clara campaña orientada a mejorar la opinión de los súbditos, que, según Egido López, había sufrido un giro radical a partir de 1724 ⁵². Se destaca que «el Rey nuestro Señor desde su vuelta al trono ha trabajado con loable continua aplicación,

⁴⁹ Transcribimos el aparecido en la *Gaceta de 30 de noviembre de 1723* «La Real Pragmática, que S.M. (que Dios guarde) mandó publicar sobre trages y otras cosas; el Real Decreto sobre duelos y satisfacciones, el vando que prohíbe gorros calados y embozos; y el Auto de la Sala para el registro de coches, se hallará en la imprenta de Juan Sanz, en la calle de la Paz, y en la puerta del Consejo Real, lo venderá el librero.»

⁵⁰ *Gaceta de 18 de enero de 1724* La inserción en la *Gaceta* se realiza sólo dos días después de su publicación en el Consejo. De noticias sobre otras posteriores parece deducirse que la publicación se realizara en el Consejo. *Hase publicado en el Real Consejo y Cámara de Castilla el decreto de Su Magestad de 12 del corriente. Gaceta de 30 de mayo de 1724*

⁵¹ *Gaceta de 12 de septiembre de 1724*.

⁵² EGIDO LÓPEZ, T., «opinión pública y oposición al poder en la España del siglo XVIII (1713-1759)» Valladolid, 1871, p. 101.

en averiguar y poner en claro los fondos y cargas de la monarquía, y con perfecto conocimiento de todo...», resumiendo normas orientadas a «aliviar a sus vasallos en cuanto le fuera posible»⁵³. Este tipo de normas son muy abundantes en 1726, y así hay que entender la inclusión literal de dos decretos, de cuya fecha sólo se dice que fueron expedidos antes de su marcha para el real sitio del Pardo, en los que se considera prioritario para la felicidad de los súbditos la buena y recta administración de la justicia y de la hacienda, ordenándose «administrar la justicia con pureza y rectitud inviolable», y «que se exijan las contribuciones de los lugares (mientras puede aliviarles tan grave peso) sin violencia ni codicia de los sujetos que se destinaren a este asunto». El segundo de ellos insiste en el tema de la administración de justicia estableciendo la utopía de que «todos los Consejos, Tribunales y Ministros de dentro y fuera de esta corte, que tienen a su cuidado esta esencialísima carga, me den cuenta de todos los pleitos que se hallaren pendientes, y del estado de ellos. Poniendo asimismo en mi Real inteligencia al fin de cada mes, noticia del curso que se les aya dado para su conclusión y de los que hubieren fenecido»⁵⁴.

La guerra hispano-inglesa primero y la enfermedad del rey después reducen las noticias jurídicas. Entre 1727 y 1738 no se incluyen normas literales, y sólo en una ocasión se anuncian normas impresas, o se da noticia sobre normas promulgadas⁵⁵. En

⁵³ *Gaceta* de 6 de febrero de 1725. Se siguen incluyendo resúmenes de los tratados de paz, así como de la noticia de su solemne publicación, con las acostumbradas ceremonias *Gaceta de Madrid* de 5 de junio y 24 de julio de 1725.

⁵⁴ *Gacetas* de 8 y 15 de enero de 1726. En este año se publican también literalmente un grupo de decretos que hacen referencia a reestructuraciones monetarias, y una larga instrucción sobre el gobierno de la tesorería general: Decreto de 14 de enero subiendo el valor de la moneda de oro (*Gaceta* de 29 de enero), Decreto de 8 de febrero de 1726 revalorizando las monedas de plata (*Gaceta* de 19 de febrero de 1726), Decreto de 23 de febrero de 1726 resolviendo dudas en la interpretación de los de 14 de enero y 8 de febrero. (*Gaceta* de 26 de febrero) Instrucción sobre el gobierno de la Tesorería general (*Gacetas* de 15, 12 y 19 de febrero de 1726).

⁵⁵ La *Gaceta* de 31 de mayo de 1725 anuncia una ordenanza de 4 de julio de 1718 para el establecimiento e instrucción de Intendentes. En la *Gaceta* de 21 de mayo de 1738 se da noticia de la publicación de una pragmática sobre equivalencia de monedas, resumiéndose ampliamente su contenido.

estos años hay un gran contraste entre las noticias de Madrid, breves y sin contenido política (estado de salud de los reyes, fiestas y viajes, muertes, nombramientos, apresamiento de buques, etc.) y la actividad militar y diplomática que se recoge en los capítulos de París o La Haya. La entrada de España en 1733 en la guerra de sucesión polaca en apoyo de Francia, la paz correspondiente y el regreso de las tropas, se conocen a través de París por traducciones de noticias de Gacetas europeas, que son las que realmente aportan datos sobre la política española del momento⁵⁶. Solamente la declaración de guerra a Inglaterra rompe el silencio jurídico⁵⁷. No obstante hay que señalar la aparición en estos años de noticias que reflejan la concesión de privilegios a particulares, relacionados con el proceso productivo, que vienen a sustituir poco a poco a los privilegios de las corporaciones⁵⁸.

En 1738 había aparecido el Mercurio histórico-político pero este, como ya dijimos, carece en los primeros años de capítulo de Madrid y por tanto de cualquier tipo de noticias jurídicas. No ha novedades en cuanto a normativa en ninguno de los dos periódicos hasta la muerte de Felipe V en 1746, muy ocupados por otra parte en detallados relatos de la guerra del Piamonte⁵⁹.

Un nuevo rey siempre despierta la esperanza de los súbditos, y ya vimos que los reyes fomentan a su vez esa esperanza con me-

⁵⁶ Ver entre otras las *Gacetas de 31 de enero, 14 de febrero, 21 de agosto, 6 y 27 de noviembre de 1736 y 1 y 8 de enero de 1737*. Hay que destacar también la amplitud y el detalle de las noticias sobre Europa, que en numerosos casos incluyen textos literales de sus respectivos gobiernos. En 1742 son objeto de amplia información las disputas dinásticas de Rusia, con publicación de un edicto de la emperatriz y diversos manifiestos. Ver *Gacetas de 23 de enero, 6 y 7 de marzo*.

⁵⁷ Declaración real sobre incidentes con Inglaterra de 20 de agosto de 1739 (*Gaceta de 25 de agosto*) y Decreto de 26 de noviembre de 1739 (*Gaceta de 8 de diciembre*).

⁵⁸ Como ejemplo: *S. M. a consulta de la Junta de Comercio ha concedido Cédula a don Joseph Sancho de Rodezno, vecino de la ciudad de Clatayud en atención a sus méritos y servicios para que en dicha ciudad pueda construir fábrica y martinete de nueva invención de acero, admitiéndole bajo su Real Protección, concediéndole diferentes privilegios por el beneficio que a sus Reynos se le seguirán de ella. Gaceta, de 3 de marzo de 1739*.

⁵⁹ En *Gaceta de 11 de mayo de 1745* se recoge la publicación de dos Reales Ordenanzas de 30 de abril sobre persecución de desertores, ociosos, vagabundos y mal entretenidos. El texto puede verse en la *NR*, n. 6, tít. 31, lib. 12

didadas de gracia susceptibles de reafirmar esa opinión favorable. También en los primeros años de este reinado son varias las normas de este tipo de que se da noticia, bien literalmente, bien resumiendo su contenido: indultos⁶⁰, exenciones impositivas⁶¹ o atención a los pobres para demostrar su talante magnánimo⁶². En el caso de los indultos la Gaceta resume su contenido sin mucho detalle remitiéndose «a la forma que se declara por menor en las Ordenanzas y Decretos que S.M. ha mandado expedir y publicar en todos los dominios», lo que remite lógicamente a otras formas de publicación. En los restantes casos, además de incluirse el texto, se imprimen y venden al público en la librería del Mercurio, anunciándose en ambos periódicos dicha impresión⁶³.

La campaña de imagen del nuevo rey termina en 1749. Tras la paz de Aquisgrán, publicada el 26 de marzo, con las ceremonias acostumbradas, se reproducen literalmente tres decretos «que S.M. se ha servido expedir en beneficio y alivio de sus vasallos», suprimiendo algunos impuestos y asignando cantidades para satisfacer en lo posible los créditos contra la Real Hacienda⁶⁴.

Y tras estas medidas benévolas la Gaceta deja de publicar normas. Sólo hay algún anuncio de venta de normas impresas⁶⁵. En los últimos años del reinado de Fernando VI las noticias del capítulo de Madrid son muy escasas y «la sátira política se ceba en los gobernantes que manipulan y escatiman la información»⁶⁶.

Comienza a notarse en estos años una permanente alusión al

⁶⁰ *Gacetas* de 6 de diciembre de 1746 y 6 de agosto de 1748.

⁶¹ Decreto de 16 de diciembre de 1748. *Gaceta* de 24 de diciembre

⁶² Decreto de 24 de diciembre de 1748, tomando medidas para mejorar la asistencia del hospital de Madrid. *Gaceta* de 31 de diciembre.

⁶³ *Gacetas* de 24 y 31 de diciembre de 1748 y *Mercurio* de diciembre. El *Mercurio* es un periódico mensual.

⁶⁴ Decretos de 2 de diciembre (dos), y 11 de octubre de 1749. *Gaceta* de 9 de diciembre

⁶⁵ *Gaceta* de 11 de abril de 1752. Anuncia la impresión de un decreto de 25 de marzo que recoge la *NR*, L. 5, tit 21, lib 10. Tampoco el *Mercurio* publica normas en los primeros años de la aparición del capítulo de Madrid, hay sólo anuncios de normas impresas, cuya venta se realiza en el mismo lugar que el *Mercurio* en los números de noviembre y diciembre de 1748.

⁶⁶ EGIDO LÓPEZ, p. 34 reproduce una coplilla significativa.

«público»: avisos al público, se da noticia al público, se pone en noticia de todos, etc., aunque ese todos no sea realmente más que un reducido número de lectores. Pero ese público, destinatario en principio de una publicidad representativa, acabará consiguiendo a través de la opinión pública un protagonismo que logrará imponer a la práctica del secreto tradicionalmente seguida por los gobiernos absolutos un principio de publicidad ⁶⁷.

A la vista pues de lo ya expuesto habría que concluir que durante estos años la inclusión de textos jurídicos en la Gaceta está en relación con la consecución de una mayor publicidad de sus contenidos, de acuerdo con intereses reales determinados, pero sin que dicha publicación condicione la validez o la eficacia de las normas. Y además esta prevalencia de los intereses reales se da en una etapa en que el privilegio de impresión de ambos periódicos está en manos de particulares.

5. 1756-1784.—ILUSTRACION Y PRENSA OFICIAL

Tras el fallecimiento de Fernando VI en 1759, y con la proclamación de Carlos III, vuelve a reproducirse la dinámica expuesta con anterioridad, pero con una innovación: en este caso la publicación literal se lleva a cabo en el Mercurio limitándose la Gaceta a anunciar su impresión y lugar de venta, o dar noticia resumida de sus contenidos. La razón, dada la fecha, está en que el Mercurio ha pasado ya a depender de la corona ⁶⁸. Las normas se presentan como «una clara demostración del paternal amor con que mira por sus vasallos», e incluyen decretos perdonando a los reinos de Castilla y Aragón sus deudas con la real hacienda, o destinando una cantidad de pago de las deudas del reinado de su padre, y una cédula, típica también de los comienzos de reinado,

¿Qué hace nuestro rey, morir

¿Y nuestro infante?, cazar

¿Y nuestra reina?, esperar

¿Y el Gacetero?, mentir

⁶⁷ Sobre la evolución etimológica del término y su papel sociológico ver Habermas, pp 59 y ss

⁶⁸ Real Orden de 29 de enero de 1756 ENCISO RECIO, «La Gaceta . » p 39

concediendo indulto a los desertores⁶⁹. También se intentarán pagar las deudas de la corona desde Carlos V hasta Carlos II⁷⁰.

Es interesante señalar la estrecha relación de los contenidos del capítulo de Madrid de ambos periódicos. En un acercamiento comparativo, aunque no exhaustivo, de estos años, hay que hacer constar que mientras que en 1747 existen noticia idénticas en su redacción, pero también otras que, aunque similares, parecen proceder de otras fuentes, en los años 1756 y 1757, todo lo que se publica en el Mercurio ha sido tomado de la Gaceta, ya que al ser aquél mensual y semanal ésta, recogía noticias ya aparecidas en ella, y además en su totalidad. Hay que deducir por tanto que el acercamiento de sus contenidos es previo al momento en que ambos serán prensa oficial. No parece pues muy significativo al estar o no en manos privadas.

Por una real orden de 23 de febrero de 1761 el rey resuelve reintegrar a la corona el privilegio de imprimir y vender la «Gaceta» «porque conviene a su Real servicio que se maneje por la vía reservada de Estado»⁷¹. Tal novedad se comunica al público, poniendo de relieve sus ventajas⁷², y dejando bien claro la elaboración de su contenido en las distintas Secretarías de Despacho: «Para que nadie dude de la fe y el crédito que merece nuestra «Gaceta», en lo que toca al capítulo de Madrid, se hace saber, que se han impreso e imprimen siempre a la letra los que da cada Secretaría de Despacho, según las Resoluciones de S.M. y assump-

⁶⁹ Decretos de 15 y 22 de febrero de 1760. *Mercurio* de enero. Anuncio en la *Gaceta* de 4 de marzo. En la de 22 de abril se anuncian otras gracias.

⁷⁰ Decreto de 23 de marzo de 1760. *Mercurio* de marzo. Anuncio en la *Gaceta*, de 1 de abril

⁷¹ PÉREZ DE GUZMÁN, p. 203 y ss., reproduce varios documentos sobre el proceso de incorporación de la Gaceta a la Corona.

⁷² «Desde el martes próximo, 19 de este mes en adelante, se encontrará la *Gaceta* en la calle de las Carretas, casa de don Francisco Manuel de Mena, en donde se vende el Mercurio, y se advierte, que se formará, imprimirá y venderá de cuenta de S. M. habiéndose dignado incorporar a su Corona el privilegio de venderla, que estaa enagenado, para que experimente el público, entre otras ventajas, la de tenerla en mucho mejor papel, y con más frescas fundadas noticias, así como los Autores de Obras Literarias, e Impressores la de no contribuir con un exemplar, como hasta aquí, para que se publiquen, pues se executará gratis», *Gaceta* de 12 de enero de 1762

tos a que pertenecen; formándose en la de Estado los respectivos a extranjeros; en la de Guerra los de Guerra, y así en las demás sin que la una se mezcle en los de la otra»⁷³.

El proceso hasta aquí analizado es similar al seguido por numerosos periódicos europeos, y ha sido perfectamente descrito por Habermas: «Los periódicos políticos comenzaron informando acerca de idas y venidas reales, sobre la llegada de personalidades extranjeras, sobre fiestas, solemnidades de la corte, nombramientos, etc..., en conexión con esas noticias cortesanas —noticias que podemos entender como una especie de adaptación de la representación a la nueva forma de publicidad— aparecían también disposiciones del soberano para el bien de los súbditos. Pero al punto se convirtió la prensa en una sistemática servidora de los intereses de la Administración... En muchas ocasiones incautaron los gobiernos los despachos de noticias y los periódicos de anuncios se convirtieron en hojas oficiales»⁷⁴.

Y como son dos los periódicos públicos se va a producir una reestructuración de sus contenidos que irá definiéndose progresivamente. Como primera medida indicativa de esa trayectoria común, la confección técnica y la administración de la «Gaceta» se encarga a Francisco Manuel de Mena, que lo es asimismo del «Mercurio»⁷⁵. Y siguiendo con la tendencia anteriormente apuntada, todas las noticias que el «Mercurio» publica en su capítulo de Madrid han sido previamente publicadas por la «Gaceta». Esta dirección única durará hasta 1781, en que raíz del fallecimiento de Manuel de Mena, se produce una intervención estatal de la contabilidad de ambos periódicos, aunque ignoramos sus dimensiones⁷⁶. Sin embargo hasta 1784 no se producirán cambios significativos en la publicidad de las normas, partiendo por esa razón de dicha fecha en el apartado siguiente.

El período que estamos analizando coincide de lleno con el rei-

⁷³ *Gaceta* de 14 de diciembre de 1762.

⁷⁴ HABERMAS, pp. 59 y 60.

⁷⁵ ENCISO RECIO, «La Gaceta», pp. 29 y ss. A partir de este año la *Gaceta* se vende donde el *Mercurio* y a su vez éste se imprime en la imprenta de la *Gaceta*. Ver nota 72

⁷⁶ ENCISO RECIO no precisa su contenido puesto que sus trabajo tiene esa fecha como límite.

nado de Carlos III y será un reflejo de sus principales acontecimientos, y también del nuevo espíritu ilustrado. Quizás por esa razón desaparece la cruz que encabezaba la edición, y se dedica más espacio al anuncio de libros impresos⁷⁷. La publicidad representativa es menor. Las descripciones de ceremonias de la corte, estados de salud del rey, viajes, etc. se reducen, y sólo se dedica atención a acontecimientos especialmente significativos. En cuanto a noticias europeas ambos periódicos las publican en abundancia, traducidas de la prensa de los diferentes países. A veces, como tendremos ocasión de ver, esas informaciones del extranjero servirán para justificar determinadas políticas nacionales, y en otras ocasiones suministrarán valiosa información sobre asuntos que se silencian desde Madrid⁷⁸. Pero además, y sobre todo a partir de 1778, año en que la «Gaceta» aumenta a dos sus números semanales, se produce la inclusión de numerosas noticias que, en contra de lo afirmado por Enciso Recio, parecen servir estrechamente los propósitos ilustrados⁷⁹.

También en la información normativa se observa una ampliación de los objetivos. No faltan normas que exaltan la figura mag-

⁷⁷ La cruz desaparece en el número correspondiente a 23 de febrero de 1762. Durante 1763 hay un suplemento mensual dedicado al anuncio de libros. Después decae este sistema, y los anuncios vuelven a integrarse en los números ordinarios.

⁷⁸ En el apartado de París de la *Gaceta* de 19 de enero de 1762 se resume el Pacto de Familia, del que, sin embargo, no hay noticia en el capítulo de Madrid.

⁷⁹ ENCISO RECIO, «La Gaceta...», p. 136 dice refiriéndose a la *Gaceta*: «en ella ni afán ideológico ni verdadera intención política». Los dos números semanales permitirán «mayor ilustración del público y que disfrute más copiosas y recientes noticias, sobre todo en las circunstancias actuales, en que la situación de Europa ofrece vasto campo a la curiosidad y abundantes materiales propios a satisfacerla... y proporcionará las noticias interiores así de España como de las Indias, que merezcan publicarse, a cuyo efecto se ha encargado ya a personas fidedignas y de discernimiento comuniquen con puntualidad quando ocurra notable». *Gaceta* de 8 de septiembre de 1778.

Y efectivamente aumenta la información de provincias. Se publican catástrofes naturales, llegadas de buques, bautizos de personas adultas de otras religiones, partos extraordinarios, adelantos médicos o científicos, obras públicas realizadas o actuaciones relacionadas con la extraordinaria lucha para conseguir generalizar la vacuna contra la viruela. Pero, sobre todo, destacan las convocatorias de premios de las Reales Sociedades de Amigos del País, de las Academias o de los Consulados para el fomento de la agricultura, la industria y las artes. Ver especialmente los años 1781 y 1782.

nánima del rey ⁸⁰, pero también se publican gran parte de las normas importantes del reinado. La razón habría que buscarla en el pensamiento jurídico de la ilustración. «El iluminismo fue sustancialmente publicidad» dice Ceppa ⁸¹. Estamos en una etapa del absolutismo en que este pretende no ser arbitrario. La voluntad del soberano debe actuar de conformidad con el progreso y el bienestar de los súbditos, y en este sentido se considera que la legislación juega un importante papel en la consecución de la felicidad de los pueblos. La idea de la certeza del derecho es también otra de las características de este pensamiento, en la doble vertiente de propugnar la supremacía de la ley como fuente de creación, y de considerar que esta debe ser conocida y promulgada claramente ⁸². Así pues el pensamiento jurídico de la ilustración y su pensamiento político, en el que la propia monarquía debe ser en cierta medida legitimada por el pueblo ⁸³, explican que la información suministrada por la corona a los súbditos sea más amplia.

Continuando con la tónica iniciada por el «Mercurio» en 1756, en estos años, y de manera clara hasta 1778, año en el que ya dijimos que la «Gaceta» aumenta a dos sus números semanales y

⁸⁰ En la *Gaceta* de 9 de febrero de 1762 se da noticia de una norma por la que se ordena socorrer a los acreedores de la Corona «queriendo continuar a sus vasallos las pruebas de la buena fe con la que se ha propuesto tratar sus Derechos, procurándoles quanto alivios pueda facilitar su Paternal amor» También esta misma causa lleva al rey a pedir al Papa la dispensa de la abstinencia algunos días de cuaresma, obteniéndose por su intersección una bula en este sentido que se anuncia. E igualmente se da noticia de un indulto a contrabandistas. Cuando circunstancias de guerra impiden que el rey ejecute su magnanimidad se ordena la formación de una Junta con la finalidad de «tener anticipados todos los conocimientos, exámenes y noticias que condujesen al socorro de mis Pueblos y su restauración de los trabajos pesados, sin perder tiempo alguno luego que se verifique el feliz momento de la paz» Decreto de 5 de abril de 1780, dado con motivo del nacimiento del Infante. *Gaceta* de 25 de abril

⁸¹ CEPPA, L., «Dialletica dell'illuminismo e opinione publica. I modelli di Habermas e Koselleck», *Studi storici*-2, 1984, pp. 343-353.

⁸² CATTANEO, M., «Illuminismo e legislazione», Milán, 1966, pp. 19 y ss.

⁸³ HELLER, pp. 190 y ss. ESCUDERO J. A., dirá que «el pensamiento del despotismo ilustrado parece defender una cierta forma de soberanía popular» en *Absolutismo ilustrado y administración pública*, tomo XXIX-1 *Historia española* de Ramón MENÉNDEZ PIDAL, p. 86.

sale martes y viernes, lo que le va a permitir «cabida para insertar documentos a la letra», las normas se publicarán literalmente en el «Mercurio» y se anunciará su impresión y su lugar de venta en la «Gaceta». La excepción serán las declaraciones de guerra que se publicarán literalmente en ambos diarios⁸⁴. Ahora bien, existen grandes irregularidades. Durante 1763, 1764 y 1765 la legislación es escasísima, mientras que hasta 1773 es muy abundante. La razón, como tendremos ocasión de ver está en la ofensiva legislativa que provocan el motín de Esquilache, la expulsión de los jesuitas y la política regalista, cuestiones que motivarán una amplia ofensiva publicitaria.

Entre 1774 y 1778 la tónica es de escasez. En 1779 se unen la guerra de Gibraltar y el aumento de números de la «Gaceta», y por esta causa se incluyen más normas literales, sobre todo relacionadas con la guerra. Pero esta situación no se mantiene. A partir de 1783, y tras la paz con Inglaterra, aumentarán de nuevo considerablemente.

En cuanto a la forma de la ley, mientras que en la etapa anterior predominaban los decretos, en ésta existe gran variedad: pragmáticas, reales cédulas, reales provisiones, autos acordados, decretos, instrucciones, ordenanzas, edictos, etc.

Y en cuanto a las razones que justifican la publicación literal de normas, veamos algunos ejemplos significativos de su relación con determinadas finalidades políticas. En primer lugar normas de vigencia local son incluidas por la «Gaceta» para facilitar la publicidad de sus contenidos, pretendiendo con ello una finalidad ejemplificadora. Y así durante varios números se publica una larga real cédula que contiene un reglamento para fundar un montepío en la fábrica de lona y lienzos de Granada diciéndose: «Dase esta noticia al público, comunicándole también la siguiente Real Cédula en que se incluye el Reglamento para que en los pueblos de fábricas donde hubiere proporción pueda adoptarse la misma idea, si pareciere conveniente a fin de evitar las lastimosas consecuencias de la mendicidad involuntaria»⁸⁵.

⁸⁴ *Gaceta* de 19 de enero de 1762 y *Mercurio* de enero, *Gaceta* de 15 de junio de 1762 y *Mercurio* de junio

⁸⁵ Real Cédula de 6 de junio de 1783 incluida en las *Gacetas* de 14, 18, 21, 25 y 28 de noviembre de 1783.

En segundo lugar la gran abundancia de normas de los años 1766 y 1773 comprende las más significativas en relación a tres importantes acontecimientos del reinado: el motín de Esquilache, la expulsión de los jesuitas, y los problemas con la Iglesia derivados del pase regio. En el primer caso no se menciona en absoluto ningún incidente, pero se incluyen gran cantidad de normas que están en el origen o son consecuencia de los desórdenes ocurridos⁸⁶, y su correspondiente anuncio en la «Gaceta» nos indica que también la imprenta real las imprimió sueltas⁸⁷. En cuanto a la expulsión de los jesuitas, un dato importante a tener en cuenta es que el gobierno en este caso es quien tiene la iniciativa. Al ser una decisión tomada por el poder, pero que va a tener grandes repercusiones entre los súbditos, se realiza una extensa labor publicitaria. Sirvió seguramente la experiencia del motín de Esquilache, en el que los rumores jugaron tan importante pa-

⁸⁶ — Pragmática de 11 de julio de 1765 sobre el comercio de trigo. *Mercurio de julio*

— Real Provisión de los señores del Consejo, en que a instancia de la Nobleza, Villa y Gremios de Madrid, en quienes se halla refundida la voz común, se desaprueban las pretensiones introducidas sin legítima personalidad en los bullicios pasados y declaran por nulas e ineficaces, como opuestas a las Leyes y constitución del Estado». Anuncio en la *Gaceta* de 1 de julio de 1766.

— Copia del aviso publico de 29 de junio de 1766 que por orden de S. M. se ha mandado publicar en esta Corte sobre recogida de mendigos y que no se dé limosna *Mercurio de agosto*

— Real Cédula de 14 de septiembre de 1766, sobre que los curas no murmuren contra la Corona, ni se ingieran en negocios de gobierno tan distantes de su conocimiento como impropios de sus ministerios espirituales *Mercurio de septiembre y Gaceta de 30 de septiembre*

— Real Cédula de 2 de octubre de 1766 por la que se deroga todo fuero privilegiado en causas de tumulto. *Mercurio de octubre y anuncio en Gaceta de 28 de octubre*

— Edicto de 2 de diciembre de 1766 para facilitar el surtimiento de pan, y de 10 de diciembre para el surtimiento de jabón. *Mercurio de diciembre de 1767*

— Edicto de 23 de diciembre de 1766 relativo al aceite. *Mercurio de enero de 1767*

En la *Gaceta* de 29 de julio de 1766 se anuncia la impresión y venta de la Instrucción de 26 de junio sobre elección de diputados y presonero del común

⁸⁷ Las tiradas del *Mercurio* en estos años rondan los 3 500 ejemplares por mes, lo que indica su relativa difusión ENCISO RECIO, pp. 61 y ss. Sobre los lectores de la *Gaceta* ver también Guinard, pp 69 y ss.

pel, y en esta ocasión se procura suministrar al público una amplia información de las medidas tomadas.

Ya con anterioridad se había reproducido en el «Mercurio» de diciembre de 1766 un larguísimo texto sobre el pleito de la Compañía de Jesús por el pago de los diezmos de los colegios y casas que poseía en Indias, en el que además de aportarse todos los antecedentes de la disputa, se reproducía la real cédula de 4 de diciembre que lo daba por finalizado, así como otras medidas contra los privilegios de las comunidades eclesiásticas⁸⁸.

Indicativo de este afán de información es el número del «Mercurio» de marzo de 1767. Aunque es posible que los números no salieran con excesiva puntualidad, lo cierto es que en una fecha cercana a la expulsión el público pudo tener noticia del contenido correcto de las medidas tomadas, incluyendo incluso documentos con el calificativo de reservados, que no debían ser abiertos hasta el 2 de abril. Precisamente esa publicación de documentos dirigidos especialmente a determinadas autoridades, que son las que van a tener que cumplir el correspondiente decreto, evidencia el interés en demostrar el cuidado y la previsión con que la medida había sido tomada, así como un afán de transparencia orientado a evitar la propagación de rumores⁸⁹.

⁸⁸ Se anuncia su impresión en la *Gaceta* de 16 de diciembre de 1766. El mismo número del *Mercurio* incluía igualmente una Real Cédula de 21 de diciembre para que las comunidades eclesiásticas, seculares y regulares de ambos sexos, no puedan gozar de los aprovechamientos y derecho de vecindad en los pueblos donde están situadas. Anuncio en la *Gaceta* de 30 de diciembre.

⁸⁹ El número del *Mercurio* de marzo incluye una carta circular de 20 de marzo de 1767 dirigida a los jueces reales ordinarios de todos los pueblos en que existían casas de la Compañía, con la indicación de no abrirse el pliego reservado hasta el 2 de abril; una instrucción de 1 de marzo de 1767, que consta de 29 artículos sobre lo que deberán ejecutar los comisionados para el extrañamiento y la ocupación de bienes y haciendas, una carta de 20 de marzo, enviada de forma reservada a los presidentes, para que los tribunales superiores de las provincias se hallasen enterados puntualmente de la providencia general y pudiesen auxiliarla; la lista de las casas, colegios y residencias de los regulares de la Compañía en España e islas adyacentes; una orden de 31 de marzo enviada a los alcaldes comisionados para su cumplimiento en Madrid y también de 31 de marzo, para el comisionado director del viaje de los jesuitas de la corte hasta Cartagena. Y finalmente, la pragmática de 2 de abril. También en fechas muy cercanas de la *Gaceta*, el 7 de abril, se anuncia la impresión de la pragmática, para aumentarse lo

Ahora bien, la información debe ser totalmente monopolizada por el gobierno. En este sentido el artículo XVI del decreto de 27 de marzo incluido en la pragmática de expulsión dirá que «para apartar alteraciones o malas inteligencias entre los particulares, a quienes no incumbe juzgar, ni interpretar las órdenes del soberano: mando expresamente que nadie escriba, imprima ni expendá papeles o obras concernientes a la expulsión de los jesuitas de mis dominios, no teniendo especial licencia del Gobierno». Se evidencia lo que ya afirmamos en otro lugar: se intenta conseguir una opinión pública favorable, pero se prohíbe la existencia de la desfavorable, negando al súbdito capacidad para juzgar o interpretar las órdenes del soberano. Y de esto habrá ejemplos hasta finales de XVIII ⁹⁰.

La complejidad jurídica de la expulsión hace que las normas se sucedan, manteniéndose la misma dinámica de inclusión en el «Mercurio» y anuncio en la «Gaceta» de su impresión ⁹¹, dinámica que se produce con gran celeridad, dada la proximidad entre fecha de emisión de la norma y fecha de impresión e inclusión en el «Mercurio», realizándose también colección que las agrupan,

impreso, según otro anuncio de 14 de abril, con las sucesivas órdenes e instrucciones dadas para su cumplimiento

⁹⁰ En la Real Orden de 7 de diciembre de 1799, *NR*, n. 12, tít 17, lib 8, se permite a los periódicos imprimir solamente aquellas noticias «que sin meterse en el Gobierno, su origen o relaciones, conduzcan a la ilustración en la industria y comercio, y otras materias de puro gusto»

⁹¹ En 1767 Reales Provisiones de 7 y 11 de abril e Instrucciones de 3 y 30 de abril (*Mercurio* de mayo) Real Provisión de 19 de julio (*Mercurio* de agosto y *Gaceta* de 28 de julio) Carta circular de 7 de septiembre y Real Provisión de 22 de septiembre (*Mercurio* de septiembre y *Gaceta* de 20 de octubre) Reales Cédulas de 7 y 18 de octubre y Circular de 23 de octubre (*Mercurio* de octubre y *Gacetas* de 20 y 27 de octubre)

En 1768 Real Cédula de 12 de agosto (*Mercurio* de agosto y *Gaceta* de 23 de agosto).

En 1769. Real Cédula de 27 de marzo (*Mercurio* de abril y *Gaceta* de 4 de abril), Real Provisión de 25 de agosto (*Mercurio* de agosto y *Gaceta* de 29 de agosto), Real Cédula de 3 de octubre (*Mercurio* de octubre y *Gaceta* de 24 de octubre), y Real Cédula de 8 de noviembre (*Mercurio* de noviembre y *Gaceta* de 14 de noviembre)

En 1770 Real Cédula de 12 de enero (*Mercurio* de enero y *Gaceta* de 16 de enero)

En 1773 Breve de Clemente XIV de 21 de julio y Real Cédula de 16 de septiembre (*Mercurio* de septiembre)

lo que evidencia el afán publicístico señalado ⁹². Pero además, normalmente a través de suplementos de la «Gaceta», aunque también a veces en números ordinarios del «Mercurio», se van a reproducir textualmente una serie de medidas de otros países en el mismo sentido, para arropar la decisión española ⁹³.

Asimismo se incluirán literalmente en el «Mercurio» los textos relativos al pase regio, y otros igualmente derivados de una política regalista ⁹⁴. Y con la misma finalidad señalada en el caso anterior, también ahora se reproducirán diferentes textos europeos que reflejan idéntico clima de enfrentamiento con la Iglesia, y que refuerzan la posición del rey, dedicando a ello varios suplementos de la «Gaceta» ⁹⁵.

Estos datos confirman nuestra opinión de que ambos periódicos en esta época son órganos eminentemente publicísticos, en el

⁹² A las impresiones ya citadas en la nota 89, se añade una «Colección general de las providencias hasta aquí tomadas por el Gobierno sobre el extrañamiento y ocupación de temporalidades de los Regulares de la Compañía», anunciada en *Gacetas* de 10 de noviembre de 1767 y 23 de mayo de 1769.

⁹³ Auto del Parlamento de Aix de 1 de junio de 1767 (*Suplemento a la Gaceta* de 30 de junio de 1767) Pragmática de 3 de febrero de 1768 firmada por Fernando I, Duque de Parma, sobre el extrañamiento de los jesuitas (*Gaceta* de 1 de marzo de 1768)

⁹⁴ Pragmática de 18 de enero de 1762, sobre previa presentación de bulas, y Real Cédula de igual fecha sobre el modo que debe observar el inquisidor general en la publicación de edictos y prohibición de libros (*Mercurio* de febrero y *Gaceta* de 2 de febrero) Real Provisión de 16 de marzo de 1768 sobre la recogida del Monitorio de Parma (*Mercurio* de marzo y *Gaceta* de 22 de marzo) y Pragmática de 16 de junio de 1768 sobre la Real Cédula de la misma fecha renovando las de 1762 (*Mercurio* de junio y *Gaceta* de 21 de junio)

⁹⁵ Ley de Venecia de 10 de septiembre de 1767 sobre amortización de los bienes de las obras pías (*Suplemento a la Gaceta* de 20 de octubre de 1767). Actas del Parlamento de París de 25 de febrero de 1768 (*Mercurio* de febrero y *Suplemento a la Gaceta* de 26 de febrero) Auto del Parlamento de Tolosa de 23 de marzo de 1768 (*Mercurio* de abril y *Suplemento a la Gaceta* de 19 de abril). Consulta de la Cámara Real de Santa Clara de 28 de mayo de 1768 hecha a S M siciliana sobre el Monitorio de Parma y la Bula «in Coena Domini», y Real Cédula de Fernando IV de 4 de junio de 1768 disponiendo sobre el mismo tema (*Mercurio* de julio y suplemento a la *Gaceta* de 12 de julio de 1768) Copia de una carta circular del Conde de Firmian dirigida a los arzobispos y obispos de la Lombardía Austríaca de 9 de agosto de 1768 prohibiendo la publicación de la bula «in Coena Domini» (*Suplemento a la Gaceta* de 20 de septiembre de 1768)

concepto anteriormente indicado ⁹⁶, y que ese es el sentido que tiene la inclusión de normas. Estaremos pues ante publicaciones de hecho, jurídicamente irrelevantes en cuanto que no condicionan la eficacia ni la validez del propio contenido, y cuya finalidad es meramente divulgativa ⁹⁷.

Pero además existe en este mismo sentido de ignorar el papel de los periódicos oficiales en la publicación de la norma un texto significativo, que pertenece a idéntica cronología: el auto acordado de 1 de abril de 1767, que ante la proliferación de diversos rumores relativos a la vestimenta femenina establecerá: «que ninguna Ley, Regla o Providencia general nueva, no se debe creer, ni usar, no estando intimada o publicada por Pragmática, Cédula, Provisión, Orden, Edicto, Pregón o Vando de las Justicias o Magistrados públicos» ⁹⁸. El texto que, como veremos posteriormente, contiene datos de interés para precisar el concepto de publicación en este siglo, nos sirve aquí para poner de relieve una omisión significativa: ignora la inclusión en la prensa oficial como forma de publicación.

Y finalmente otro dato que apoya dicha conclusión es que, si bien en algunos períodos hemos señalado el escaso tiempo transcurrido entre la fecha de la norma, su impresión y venta en las librerías correspondientes, que se anuncia en la «Gaceta», y su inclusión en el «Mercurio» atendiendo normalmente a urgencias políticas ⁹⁹, en otros casos dicha inclusión en el «Mercurio» puede ser muy posterior, por lo que difícilmente podemos considerarla una publicación necesaria ¹⁰⁰.

6. 1784-1808.—EL PUBLICISMO IMPOSITIVO

En 1784, y seguramente como consecuencia de los cambios en la gestión que tienen lugar a partir de 1781, y que desconocemos

⁹⁶ Ver nota 46

⁹⁷ D'ATENA, p. 15

⁹⁸ *Mercurio* de abril de 1767. Parte de su texto pasa a la NR, L. 12, tít. 2, lib. 3

⁹⁹ Una Real Cédula de 26 de junio de 1779 que manda cortar todo comercio con los ingleses, con motivo de la guerra de Gibraltar, se publica en la *Gaceta* de 29 del mismo mes, y en el *Mercurio* de junio.

¹⁰⁰ Por ejemplo, una Real Cédula de 12 de enero del mismo año de 1779 se anuncia en la *Gaceta* de 19 de marzo, y se publica en el *Mercurio* de octubre

como se concretan ¹⁰¹, se siguen imprimiendo ambos periódicos en la Imprenta Real, observándose una simplificación tipográfica, que prescinde de adornos, y un cambio de denominación en el caso del «Mercurio», que pasa ahora a llamarse «Mercurio de España». Pero además, y esto es lo que importa en relación al tema que nos ocupa, hay una sincronización casi total en la publicación de normas. Se reproducen literalmente las mismas, con alguna pequeña excepción, y también parece haber bastante coordinación en la fecha de inclusión en ambos, que es bastante inmediata, normalmente entre los dos y los quince días tarda su aparición en la «Gaceta», y en ese mismo mes en el «Mercurio», aunque naturalmente existen excepciones ¹⁰². Pero además, y es un dato que ya ha sido señalado en una etapa anterior, se mantienen los mismos contenidos en relación a las restantes noticias del capítulo de Madrid ¹⁰³.

Pasamos ahora pues, ya que la única diferencia anterior en lo relativo al capítulo de Madrid de ambos periódicos estaba en la inclusión literal de los textos preferentemente en el Mercurio, a una identificación prácticamente total de ambos capítulos. Ignoramos si el mantenimiento de dos periódicos idénticos en las noticias españolas se debió a la inercia o estaba justificado por los contenidos de las noticias europeas que parecen proceder de fuentes diversas ¹⁰⁴.

Pero además hay que hacer constar que en estos años, si bien ambos periódicos son únicos en publicar noticias «de oficio» relativas a materias de Estado, tienen sin embargo, la competencia de la prensa no oficial en lo que se refiere a la publicidad de nor-

¹⁰¹ PÉREZ DE GUZMÁN, p. 96 y ss, habla de la dirección sucesiva de los hermanos Guevara Vasconcelos, uno hasta 1790 y otro hasta 1802.

¹⁰² Existen casos de mayor retraso: un Decreto de 24 de septiembre de 1784 se publica en la *Gaceta* de 8 de octubre y en el *Mercurio* de abril de 1785. O bien se produce un retraso simultáneo. una Real Cédula de 1 de mayo de 1785 se incluye en la *Gaceta* de 2 de agosto y en el *Mercurio* de agosto.

¹⁰³ Sobre la renovación del *Mercurio*, aunque sin relacionar sus contenidos con los de la *Gaceta*, ver GUINARD, p. 222 y ss.

¹⁰⁴ Merece la pena resaltar en la información europea el contraste que suponen con la situación política española las noticias del capítulo de Londres, que evidencian la existencia de un sistema político parlamentario y una prensa con mayores libertades.

mas. Aunque sobre ello existen pocos datos, lo cierto es que en el «Mercurio» de febrero de 1784 se incluye un largo anuncio lo que será el «Memorial literario, instructivo y curioso de Madrid» en el que se dice: «...Las noticias que comuniquemos al público han de ser aquellas que no se insertan ni acostumbran insertarse en la Gaceta, Mercurio ni Diario... Muchos Edictos, Decretos, Vandos, Avisos, tasaciones, arreglos, posturas, etc., que interesan la economía del pueblo y por ignorarse padece muchas veces algún menoscabo en su utilidad; así daremos un extracto o insertaremos literalmente semejantes providencias y avisos, para que quede alguna memoria de todas estas cosas, que pueden ser útiles al público». Como claramente se deduce del texto del anuncio los problemas para el conocimiento del derecho en este siglo es lo que lleva a que la prensa no oficial incluya normas, en cuanto tienen un interés informativo que puede proporcionar lectores ¹⁰⁵.

Veamos ahora, en una línea de continuidad con las etapas anteriores a qué conclusiones nos lleva la lectura de las normas publicadas en este período. En primer lugar, de los últimos años del reinado de Carlos III podemos destacar la gran abundancia de normas y la continuidad con la etapa anterior en cuanto a la variedad de sus contenidos, tanto en lo relativo a las materias como a la forma de las normas ¹⁰⁶, abundancia informativa que

¹⁰⁵ Y, efectivamente, publica normas según el anuncio que del número correspondiente a octubre de 1784 hace la *Gaceta* de 18 de febrero de 1785. Los últimos años del reinado de Fernando VI van a ver el surgimiento de gran número de periódicos. Ver GUINARD, pp. 125 y ss y SCHULTE, pp. 91 y ss.

¹⁰⁶ Como ejemplo, relacionaremos las normas aparecidas en 1786.

- Reglamento de 26 de diciembre de 1785 (*Mercurio* de enero y *Gaceta* de 20 de enero).
- Decreto de 5 de enero (*Mercurio* de febrero y *Gaceta* de 7 de febrero).
- Real Cédula de 29 de enero (*Mercurio* de marzo y *Gaceta* de 24 de febrero).
- Pragmática de 21 de marzo (*Mercurio* de marzo y *Gaceta* de 31 de marzo).
- Real Cédula de 28 de marzo (*Mercurio* de mayo y *Gaceta* de 9 de mayo).
- Real Provisión de 8 de abril (*Mercurio* de mayo y *Gaceta* de 12 de mayo).
- Reglamento de 10 de mayo (*Mercurio* de junio y *Gaceta* de 6 de junio).
- Reglamento de 25 de mayo (*Mercurio* de junio y *Gaceta* de 23 de junio).
- Decreto de 18 de mayo (*Mercurio* de junio y *Gaceta* de 2 de junio).
- Real Pragmática de 27 de mayo (*Mercurio* de junio y *Gaceta* de 6 de junio).
- Cédula de 17 de junio (*Mercurio* de julio y *Gaceta* de 21 de julio).

hemos puesto en relación con el pensamiento político del despotismo ilustrado.

Tras la muerte de Carlos III, y con la entronización de un nuevo monarca se publican los decretos ya tradicionales concediendo gracias «para dar a sus vasallos una prueba de su amor en las presentes circunstancias de su exaltación al trono», así como varios indultos¹⁰⁷. Y en los primeros años no se observan especiales novedades. Sigue habiendo abundancia de normas y la temática es igualmente variada. Esta abundancia normativa hace ya más difícil el deducir unas razones que expliquen satisfactoriamente lo incluido, con excepción de los temas relacionados con la Real Hacienda. Si en muchos casos es evidente que interesa un conocimiento general de la norma incluida en ambos periódicos, muchas otras de igual dimensión recogidas en la Novísima Recopilación, no aparecen, sin embargo, en la prensa¹⁰⁸.

— Tratado de paz de 27 de agosto (*Mercurio* de septiembre y *Gaceta* de 6 de octubre).

— Decreto de 22 de septiembre (*Mercurio* de septiembre y *Gaceta* de 13 de octubre)

— Real orden de 25 de octubre (*Mercurio* de octubre y *Gaceta* de 27 de octubre).

— Dos cédulas de 22 de octubre (*Mercurio* de octubre y *Gaceta* de 31 de octubre)

— Convención para hacer efectivo el Tratado de paz de 1783 Firmado en Londres a 14 de julio (*Mercurio* de octubre. No está en la *Gaceta*).

— Cédula de 9 de noviembre (*Mercurio* de noviembre. No está en la *Gaceta*)

— Real Decreto de 16 de noviembre (*Mercurio* de noviembre y *Suplemento a la Gaceta* de 21 de noviembre).

— Instrucción de 22 de octubre (*Mercurio* de noviembre y *Gaceta* de 7 de noviembre).

¹⁰⁷ Cuatro decretos fechados el 18 de diciembre de 1788 en los que se baja el precio del pan, se perdonan atrasos en el pago de diversas contribuciones y se reconocen deudas del reinado de su padre, estableciendo un orden gradual para su pago, se incluyen en el *Mercurio* de diciembre y en las *Gacetas* de 23 y 27 de diciembre. En el *Mercurio* de enero y en las *Gacetas* de 23 y 27 de dicho mes, se publican, respectivamente, una cédula concediendo indulto general a todos los desertores de tierra y marina y un decreto en favor de los desertores de la Real Armada, ambos de 16 de enero.

¹⁰⁸ Nada se dice de la Pragmática de 22 de septiembre del mismo año que renueva la prohibición de las muselinas (*NR*, L 23, tít 12, lib. 9), o de la Real Orden de 14 y Bando de 16 de marzo prohibiendo el uso de basquiñas que no sean

Ahora bien, esta situación de continuidad con las orientaciones del reinado anterior viene a ser alterada por una circunstancia: los años de guerra permanente a partir de 1791. Desde la guerra con Marruecos comienzan a incluirse extensas relaciones sobre sus incidencias en detrimento de las noticias de provincias, que pasan a escasear, y de la inclusión de normas. La francesa es objeto también de amplia información en 1792¹⁰⁹. Pero sobre todo a partir de 1793, ya con España también en guerra, este tema predominará absolutamente en la información. Y como además los acontecimientos bélicos con diversas naciones se suceden durante muchos años, Francia, Inglaterra, Rusia, Portugal, otra vez Inglaterra, etc., esto provocará que además de los largos pormenorizados relatos de batallas, rendiciones de plazas, etc.¹¹⁰, se dé paso a una normativa estrechamente relacionada con la situación, de la que destacan diversas medidas en relación con los desertores, unas veces indultándolos a cambio de que sirvan en el ejército mientras dure la guerra, y otras castigando el delito y, sobre todo, normas relativas a la obtención de fondos para financiar los gastos originados.

En un principio predominan las normas sobre temas milita-

negras (*NR*, L. 18, tít. 13, lib. 6), normas todas ellas que necesitaban de un conocimiento general para su cumplimiento, ni de la Real Orden de 14 de septiembre de 1793, que prohíbe introducir ejemplares de la constitución francesa (*NR*, n. 21, tít. 18, lib. 8)

¹⁰⁹ Los capítulos de París correspondientes al periodo de la revolución francesa han guardado un silencio absoluto sobre los acontecimientos, incluyendo datos de la vida cotidiana de los reyes, en el mejor estilo de la publicidad representativa. Después publicará íntegro, sin más antecedentes y también desde el capítulo de París, el testamento de Luis XVI (*Mercurio* de febrero y *Gaceta* de 8 de febrero de 1793), para mencionar ya expresamente dicha muerte con motivo de la declaración de guerra a Francia, en el Decreto de 23 de marzo (*Mercurio* de marzo y *Gaceta* de 29 de marzo). Desde 1793 a 1796 se informará ampliamente sobre los sucesos de Francia, pero desde Ginebra, a pesar de la real orden de 28 de julio que prohibía insertar en los papeles públicos noticias relativas al estado de Francia (*NR*, n. 20, tít. 18, lib. 8). Desde el 15 de abril de 1796 reaparecen las noticias de París, quizá porque en marzo el embajador de España fue recibido en el Directorio.

¹¹⁰ Sobre el interés público y de los reyes por los relatos relativos a estos temas, ver PÉREZ DE GUZMÁN, pp. 107 y ss.

res ¹¹¹, pero pronto la situación financiera parece ser la principal preocupación ¹¹². Idéntica situación se mantiene en los años su-

¹¹¹ Como ejemplo, relacionamos a continuación la totalidad de las normas aparecidas en 1793 y sus asuntos

— Real Orden de 4 de febrero sobre llamamiento en los pueblos para incorporarse voluntariamente al ejército (*Mercurio* de febrero y *Gaceta* de 26 de febrero).

— Decreto de 9 de febrero sobre competencias de los jueces militares (*Mercurio* de febrero y *Gaceta* de 15 de febrero)

— Decreto de 9 de febrero sobre fuero de los individuos de marina (*Mercurio* de febrero y *Gaceta* de 19 de febrero).

— Decreto de 17 de febrero, nombramiento de Godoy como secretario de la reina (*Mercurio* de febrero y *Gaceta* de 22 de febrero)

— Real Provisión de 4 de marzo sobre extrañamiento de franceses no domiciliados (*Mercurio* de febrero y también en el de marzo, y *Gaceta* de 12 de marzo).

— Real Decreto de 16 de febrero sobre indulto a los desertores del ejército (*Mercurio* de marzo y *Gaceta* de 5 de marzo).

— Real Decreto de 23 de febrero sobre indulto a los matriculados de la marina (*Mercurio* de marzo y *Gaceta* de 5 de marzo).

— Real Decreto de 23 de marzo sobre declaración de guerra a Francia (*Mercurio* de marzo y *Gaceta* de 29 de marzo)

— Real Decreto de 3 de abril indultando a los reos de contrabando si sirven en el ejército por el tiempo que dure la guerra (*Mercurio* de abril y *Gaceta* de 9 de abril)

— Real Decreto de 7 de abril creando una compañía española de caballeros americanos para servir en los ejércitos del rey (*Mercurio* de mayo y *Gaceta* de 16 de abril)

— Real Decreto de 23 de mayo nombrando a Godoy capitán general del ejército (*Mercurio* de mayo y *Gaceta* de 28 de mayo)

— Real Decreto de 6 de septiembre comunicando una alianza defensiva con la Gran Bretaña (*Mercurio* de septiembre y *Gaceta* de 10 de septiembre).

¹¹² Todas las normas incluidas en la *Gaceta* de 1795 responden a esta temática. En los ejemplares de *Mercurio* consultados faltan bastantes de este año, y ésa es la causa de que no lo citemos, aunque vista la tónica de este período presu- mimos su inclusión:

— Real Decreto de 20 de diciembre de 1794 extendiendo el uso de papel sellado a todos los tribunales para atender el pago de intereses de los vales reales (*Gaceta* de 20 de enero).

— Real Decreto de 4 de febrero de 1795. Imposición de un gravamen del 12 por 100 de las encomiendas de las Ordenes militares (*Gaceta* de 13 de febrero).

— Real Decreto de 28 de febrero reformando las oficinas de hacienda (*Gaceta* de 10 de marzo).

— Tres Reales Decretos de 25 de febrero sobre creación de vales reales, gravámenes al clero y aplicación al fondo de amortización de vales de los productos de las vacantes de los beneficios eclesiásticos (*Gaceta* de 10 de marzo).

cesivos, con algunas notas que merecen destacarse. En primer lugar, si ya desde un principio Godoy parece interesado por intervenir en la *Gaceta*¹¹³, a partir de 1801 su protagonismo es enorme. Tras la declaración de guerra a Portugal y su encumbramiento como generalísimo son numerosas las gacetas extraordinarias en las que se suceden bandos del príncipe de la paz, cartas cruzadas con el rey que se incluyen íntegramente, o normas a él dirigidas¹¹⁴, con abundancia sólo comparable a los numerosos suplementos dedicados a la amortización de vales reales¹¹⁵, en una operación publicística que pretendió indudablemente una reivindicación de su figura tras su anterior caída en desgracia. Y en segundo lugar también es enorme la información suministrada sobre Napoleón. A partir de la «*Gaceta*» de 17 de mayo de 1796 en que se incluye su nombramiento para mandar el ejército en Italia, comienza a aparecer un amplio despliegue de su correspondencia, arengas a la tropa y victorias¹¹⁶. Bien sea por circuns-

— Dos Reales Decretos de 2 de agosto para que las vacantes eclesiásticas lo estén al menos por un año, y apertura de un préstamo para proporcionar fondos con que subvenir a los gastos de guerra (*Gaceta* de 11 de agosto).

— Dos Reales Decretos de 21 de agosto sobre exacción de un 15 por 100 de todos los bienes raíces y derechos que adquieran las manos muertas, y también del 15 por 100 de importe de los bienes destinados a vinculaciones (*Gaceta* de 21 de agosto).

— Dos Reales Decretos de 20 de septiembre extinguiendo la contribución conocida con el nombre de servicio ordinario y extraordinario y su quince al millar y suprimiendo el descuento establecido sobre los que teniendo dos sueldos no excedan de 800 ducados. *Gaceta* de 22 de septiembre. Estos dos decretos benévolos son posteriores a la paz

¹¹³ PÉREZ DE GUZMÁN, pp 108 y ss.

¹¹⁴ *Gacetas* extraordinarias de 24 de mayo; 2, 5, 10, 14, 15, 17 y 18 de junio; 2 y 7 de julio; 5 de septiembre, y ordinaria de 11 de agosto de 1801

¹¹⁵ *Gacetas* de 16 y 27 de enero, 10, 17 y 27 de febrero, 6, 17 y 27 de marzo, 13 de abril, 16 de junio, 3, 10, 21 y 28 de julio, 11, 21 y 28 de agosto, 18 y 23 de septiembre, 16, 23 y 30 de octubre, 13 de noviembre y 8, 18 y 25 de diciembre de 1801

¹¹⁶ Durante 1797 la información se centra en las campañas de Napoleón en Italia, en 1798 se publican cartas suyas sobre la campana de Alejandría, en la *Gaceta* de 15 de mayo de 1804 la propuesta de su nombramiento como emperador y la configuración del cargo como hereditario, el 15 de enero de 1805 un extracto del ceremonial de su coronación y un largo texto de Pío VII dando cuenta del concordato firmado con él, en la de 21 de junio de 1805 su coronación en Milán, y el

tancias coyunturales, o como resultado a medidas más políticas, el caso es que en estos años parece haber una estrecha dependencia en cuanto a noticias extranjeras de las Gacetas franceses, hasta el punto que ante la reestructuración llevada a cabo en 1806, y que veremos más adelante, se propone «que se pidieran para la redacción las principales Gacetas que se publicaban en todas las Cortes de Europa, para no estar ceñidos a lo que dicen las de Francia»¹¹⁷.

Pero además del efecto que sobre la historia política pudo tener esa gran aportación de documentos, en muchos casos originales, y cuya difusión indudablemente contribuyó a la mitificación de su figura, hemos encontrado también noticias de gran interés sobre su obra jurídica. Tanto en la «Gaceta» como en el «Mercurio» se reproducen muchas de sus normas. Y sobre todo de los «Mercurios» de 1803 se va a publicar íntegro, en numeros sucesivos, el Código Civil, mientras que algunos números de la «Gaceta» incluyen discusiones y opiniones sobre su articulado, sobre todo en sus puntos más polémicos¹¹⁸.

Sólo un estudio más detallado del funcionamiento interno de ambos periódicos permitirá quizá determinar de quién partían las decisiones de difundir la numerosa normativa extranjera que se reproduce en el periódico correspondiente a este apartado, y lo que es más importante las razones que llevaron a ello. Pero es importante señalar la inmediatez de esa difusión en periódicos oficiales.

En cuanto a la trayectoria de ambos periódicos, en 1796 empiezan a detectarse problemas en el «Mercurio». Quizá la compe-

15 de octubre del mismo año un discurso en el senado. También en varios números del mismo año aparece un diario del ejército francés, que al parecer se copia de la *Gaceta Ministerial* francesa, con relatos de diversas partes de Europa. El número de 27 de diciembre está dedicado prácticamente al ejército francés y su preparación para la batalla de Austerlitz, y el número siguiente de 31 de diciembre a normas dadas tras dicha batalla. También 1806 incluye diversas proclamas, el reconocimiento del rey de Holanda con su ceremonial, discursos, etc. y en 1807 las noticias siguen siendo abundantes.

¹¹⁷ PÉREZ DE GUZMÁN, p. 116. Unos años antes la situación es prácticamente la contraria. Ver p. 106.

¹¹⁸ En la *Gaceta* de 15 de abril de 1803 se reproduce un amplio alegato contra los artículos relativos al divorcio.

tencia de la prensa, numerosa en estos años, aunque atravesando también períodos de prohibición ¹¹⁹, o bien la falta de interés por mantener dos periódicos de contenido tan similar, ya que nada sabemos de su trayectoria interna en estos años, o finalmente el deseo de reducir las noticias europeas que se observa en las normas tendentes a evitar la propagación de las ideas revolucionarias, puedan ser las causas. Y un dato es el retraso en la aparición de los números. En la «Gaceta» de 20 de mayo de 1796 se anuncia el número de febrero, y en la de octubre el correspondiente a julio. Y quizá en un esfuerzo por distanciarse de la Gaceta, las normas que se incluyen van a ser distintas ¹²⁰, debiendo señalar, aunque es una cuestión que no podemos resolver con los datos que tenemos, que en ese año se mantiene la inclusión simultánea de una serie de decretos, pero, sin embargo, sólo en el «Mercurio» se incluyen reales cédulas, alguna de ellas de tanto interés general como la de 18 de noviembre que contiene el tratado de paz firmado con Francia ¹²¹.

Y efectivamente esta tendencia se confirma claramente en 1800. En este año se va a producir una reestructuración de los contenidos del «Mercurio», que distanciará más definitivamente ambas publicaciones. El anuncio de dichos cambios, que se hace en la «Gaceta» de 18 de abril, no menciona las intenciones de la nueva publicación en relación al tema que nos ocupa: «Para hacer más instructivo y más agradable este periódico se le dará otra forma en lo sucesivo, empezando desde el de enero que va a publicarse. A más del estado político de las naciones en cada mes, comprenderá las noticias literarias, los descubrimientos que de nuevo se hicieren en las ciencias, en las artes y en las letras; las obras que se publicaren fuera de España, con los análisis y extractos de ellas, como también la noticia y el examen crítico de aquellas

¹¹⁹ NR, L. 5, tít 17, lib. 8

¹²⁰ El *Mercurio* publica las siguientes reales cédulas, que no se incluyen en la *Gaceta*: de 19 de febrero (*Mercurio* de febrero), de 4 de mayo (*Mercurio* de mayo), de 8 y 20 de junio (*Mercurio* de junio), de 7 y 23 de julio (*Mercurio* de julio), de 4, 9 y 29 de agosto (*Mercurio* de agosto) y de 30 de octubre y 18 de noviembre (tres) (*Mercurio* de noviembre)

¹²¹ Sólo una Real Cédula se incluye en ambos, la de 4 de abril sobre devolución de bienes confiscados a los individuos de Francia y España como consecuencia del tratado de Basilea *Mercurio* de abril y *Gaceta* de 20 de mayo

obras que se publicaren en nuestra Península que merecieran alguna atención, etc. También se procurará que en adelante no haya en la publicación del "Mercurio" el atraso que hasta ahora». Efectivamente el periódico se divide en dos partes, una política y otra literaria, en un afán por incluir temas no estrictamente políticos, que también la «Gaceta» introducirá posteriormente, y que parece responder a un afán de competir con la prensa no oficial en temas que le eran propios. En la primera de estas partes, además del estado de las naciones del mes correspondiente, se incluyen normas. Su número será ahora más escaso, y no coincide con las publicadas por la Gaceta, advirtiéndose además una cierta especialización. Mientras que la «Gaceta» publica decretos, en el «Mercurio» predominan los reales cédulas. El dato es interesante pero la explicación no resulta fácil. Quizá la mayor periodicidad y difusión de la «Gaceta» la hicieron particularmente idónea para temas monetarios y administrativos, que son el contenido que predomina en los decretos, mientras que quizá el «Mercurio» se reserva para otros no tan inmediatos y burocráticos. O quizá la respuesta esté en relación con los organismos que controlan lo que se publica, vinculándose más la «Gaceta» con la Secretaría de Hacienda y el «Mercurio» con otras instancias¹²². Quede el dato a la espera de futuras aportaciones.

Pese a la nueva orientación los números siguen saliendo con mucho retraso, y la línea no parece consolidarse. Desde principios de 1804 se anuncian dos números al mes¹²³.

Pérez de Guzmán considera que a partir de 1795 también la «Gaceta» entró en crisis¹²⁴. Aunque pocos datos tenemos sobre ello, lo cierto es que en 1806 se producirá en la misma una reestructuración, que va a perseguir finalidades similares a las del

¹²² En 1800 el *Mercurio* incluye las Reales Cédulas de 23 de febrero, 6 de mayo, 6, 21 y 28 de octubre y 11 y 24 de noviembre en el número correspondiente a dichos meses. Ninguna está en la *Gaceta*.

¹²³ El número de enero de 1803 se anuncia en la *Gaceta* de 26 de agosto del mismo año advirtiéndose que «varias circunstancias han retardado la publicación de este *Mercurio*; y para gobierno del público se avisa que los demás seguirán a este sin dilación». Los dos números semanales se anuncian en la *Gaceta* de 29 de noviembre de 1803.

¹²⁴ *Op. cit.*, pp. 111 y ss.

«Mercurio» en 1800. Lo que sí se refleja en los números relativos al año 1806 es una profunda crisis en la publicación de normas. Sólo se incluye una ¹²⁵. La desmoralización del gobierno tras la derrota de Trafalgar parece haber sido profunda. Y sean éstas u otras las causas, lo cierto es que las Secretarías de Despacho eran remisas en los últimos años a entregar normas para su publicación. Los redactores de la «Gaceta» formulan en noviembre de 1806 una propuesta sobre el contenido de las reformas, y entre ellas se solicita «que se inserten forzosamente todas las providencias del Gobierno, pues por más que se había hecho no se había logrado tenerlas para publicarlas, y que S. M. por un decreto recordará que las diesen a todas las Secretarías del Despacho y Tribunales, remitiendo las órdenes, cédulas y circulares que se expidiesen; que S. M. ordenara que se tuviesen por comunicadas luego que se insertasen en la Gaceta, así en España como en Indias, todas sus Cédulas, Decretos, órdenes y circulares, aunque para continuarlas hubiera que añadir suplementos» ¹²⁶. El dato es importante por varias razones. En primer lugar evidencia la falta de interés en este período por la publicación de normas en la Gaceta. Ya hemos hablado de la reducción que experimenta su temática, dedicada en su mayor parte a cuestiones relacionadas con la Hacienda Real, reducción que tiene su origen en el retraimiento de las propias Secretarías de Despacho, a lo que evidentemente habría que buscar razones políticas, que posiblemente serán idénticas a las que dificultaban también la publicación de noticias no jurídicas ¹²⁷.

La propuesta revela igualmente influencia francesa, en donde un decreto de la Convención de 4 de diciembre de 1793 había crea-

¹²⁵ Real Decreto de 22 de abril de 1806 nombrado a don Francisco Gil Secretario de Estado y Despacho de marina, *Gaceta* de 25 de abril.

¹²⁶ PÉREZ DE GUZMÁN, p. 116. Sobre esta última cuestión dirá que en 1797 el rey «no admitió el proyecto que le presentó don José de Olmeda y León para que de real orden se hiciera obligatoria la suscripción de la *Gaceta* a todos los pueblos de la Monarquía», tentativa que supone un precedente. Ver p. 113.

¹²⁷ Los redactores piden igualmente «que se diesen todas las noticias del interior, que es lo que los lectores buscan con más interés, además de las relaciones de batallas y guerras, removiéndolo los misterios, reparos, dificultades y temores que habían para darlas» Ver nota anterior

do el «Boletín de las Leyes» con la finalidad de que su envío sirviera de notificación de la norma a las autoridades ¹²⁸.

Y finalmente la reforma va a concretarse en una Real Orden de 27 de noviembre de 1806. Como la del «Mercurio» que le precede, aparece orientada fundamentalmente a la competencia con la prensa no oficial. Si la petición de los redactores pretendía una liberación de los contenidos, la respuesta oficial supone una aceptación sólo a medidas. Una de las propuestas aceptadas es «que se advierta en la cabeza de la «Gaceta» que ningún artículo más que el de Madrid es oficial, para tener más libertad y evitar reclamaciones de los Gobiernos extranjeros, no quedando los redactores tampoco con más responsabilidad que la de mostrar el periódico extranjero de donde se tome cada noticia». Y la real orden establece que «a la cabeza de cada «Gaceta» se advertirá que en ella no hay ningún capítulo de oficio, sino el de Madrid; y al pie de cada capítulo se citarán en bastardilla los papeles extranjeros de donde se hayan tomado las noticias políticas» ¹²⁹.

Efectivamente las noticias extranjeras dieron a veces lugar a incidentes. En una fecha muy cercana a la propuesta de los redactores fue necesario rectificar una noticia relativa al capítulo de Berlín, aunque referida a España, rectificación en la que ya se acuerda que sólo debe considerarse oficial el capítulo de Madrid ¹³⁰. Ahora bien, esa continuidad de su carácter oficial se compagina mal con los intentos de incorporar también un periodis-

¹²⁸ En un primer momento el envío debía acompañarse de una lectura pública de la ley. Posteriormente se tenderá a la presunción del conocimiento, considerando publicada la ley a partir de que el boletín se recibiera de cada cabeza de partido, REVEL, G., «La publication des lois, des decrets, et des autres actes de l'autorité publique». París, 1933, p. 22 y ss. y ARNTZ M., «Histoire du mode de publication des lois, en France et en Belgique», *La Belgique Judiciaire*, tomo XVIII, núm. 4, 1860, pp. 49-56.

¹²⁹ PÉREZ DE GUZMÁN, p. 117.

¹³⁰ En la *Gaceta* de 15 de agosto de 1806 se dice: «en la *Gaceta* del martes 5 del corriente, capítulo de Berlín, se copió del Monitor núm. 199 del 18 de julio lo siguiente: Los negociantes de Silesia han conseguido la libre introducción en España de los géneros de algodón que estaba prohibida en el Reyno. Y por quanto es absolutamente falsa esta noticia, y para evitar los perjuicios que pudiera traer a algunos que se guiasen por lo que allí se expresa, se advierte esto para gobierno del comercio, a pesar de que ningún capítulo de esta *Gaceta* debe considerarse como de oficio sino el de Madrid».

mo de opinión, buscando seguramente un aumento de las ventas: «y a fin de dar mayor interés a este periódico y hacerle original hasta cierto punto, los redactores discutirán de cuando en cuando sobre los sucesos políticos y harán reflexiones acerca de sus causas, de sus efectos próximos y remotos», especulaciones que difícilmente podrían compaginarse con su carácter oficial, y apertura que debe ser limitada por «la moderación, el pulso y el discernimiento que exige la razón y la sana crítica y en los términos que permiten nuestras circunstancias», limitaciones que no parecen muy prometedoras para el ejercicio de una crítica que merezca tal nombre, y más cuando la misma real orden se encarga de recordar su relación con «el honor del Gobierno bajo cuyos auspicios sale a la luz». No puede olvidarse a la hora de valorar el párrafo que esta sana crítica debe ejercerse además de en un periódico estatal, en unos años muy cercanos a normas restrictivas que habían recordado la prohibición de que los periódicos no oficiales tratasen asuntos políticos ¹³¹.

La reforma, como ya apuntamos, se orienta a conseguir una información más ágil, de donde deducimos que con anterioridad uno de sus defectos debía ser precisamente el retraso de sus noticias ¹³², y a extenderla «no sólo a los sucesos políticos como has- ra ahora, sino a las ciencias, artes, comercio, industria y a cuanto puede interesar la curiosidad racional del público», ampliación que también se había efectuado en la anterior reforma del «Mercurio». Y precisamente «por esta reforma de la "Gaceta" viene a ser más inútil el "Mercurio", el cual ni ya tenía aceptación del público, ni rendía utilidades, ha resuelto S. M. que se suprima desde principios del año próximo de 1807» ¹³³. Este cúmulo de bue-

¹³¹ Real Orden de 7 de diciembre de 1799 *NR*, n 12, tít 17, lib 8.

¹³² El artículo 2 de la Real Orden de 27 de noviembre de 1806 dirá; «Que se den con la prontitud que se requiere para que no pierdan el carácter de noticias, publicándose cuando todo el mundo tenga conocimiento de ellas». Ver nota 129.

¹³³ HAMILTON en la p 170 afirma que continuó hasta 1830. También SCHULTE, p 134, nos lleva a concluir que esta extinción no se produjo, ya que considera que sus números se suspendieron con la ocupación francesa y se reanudaron tras la vuelta de Fernando VII, siendo una excepción a la prohibición del decreto de 2 de mayo de 1815. Nosotros hemos consultado, en la biblioteca del rectorado de la

nas intenciones se participa a los lectores en un anuncio que se repite en las Gacetas de 13, 26 y 30 de diciembre, junto con un llamamiento a las sociedades literarias y a los «particulares de talento e instrucción que concurren a dar interés a este papel comunicando sus descubrimientos, observaciones y trabajo que fueren dignos del público».

Hay que tener en cuenta, en este esfuerzo de la «Gaceta» de ampliar su temática, que el público ha evolucionado desde su concepción a primeros de siglo, y una clase burguesa en expansión exige ya otro tipo de información. Esa exigencia se concretará en la Constitución francesa de 1791, con su declaración de libertad de expresión, aunque tardará algunos años todavía en formularse en España. De todas maneras resulta revelador para ilustrar esos cambios sociales el señalar la tímida introducción de una idea de crítica en la Gaceta, y de temas no estrictamente políticos ¹³⁴.

Y finalmente, en la real orden que comentamos se opta por una continuidad en el tema de la publicidad de la ley, frente a la petición de los redactores que pretendían sustituir sistemas más arcaicos de comunicación de normas: «en cuanto a las Reales Ordenes, Cédulas, Pragmáticas y demás disposiciones del Gobierno, sólo se insertarán por entero las que las Secretarías del Despacho o los Tribunales de S. M. les remitieren al intento, ciñéndose en lo demás a anunciarlas, dando un extracto bien hecho de ellas, que es lo que realmente es propio de la "Gaceta", la cual no debe ser una colección de leyes». El párrafo no puede ser más ilustrativo sobre el sentido de la publicación de normas en la Gaceta. Es un tema discrecional de las secretarías de despacho y tribunales, y la «Gaceta» debe limitarse a darles publicidad de acuerdo con la decisión de dichas instituciones, bien en su totalidad, bien en extracto, por lo que de ninguna manera puede vincularse su inclusión con un concepto jurídico que condicione de alguna manera la validez o la eficacia de la norma.

Universidad de Sevilla, ejemplares de los años 1816 y 1817 con idéntica estructura a la impuesta por la reforma de 1800.

¹³⁴ HABERMAS relaciona publicidad literaria con publicidad política, asignándole también a la primera un papel en la consecución de eficacia política para la opinión pública, pp 88 y ss

Así pues el intento de los redactores de convertirlo en un Boletín de Leyes al estilo francés, quizá movidos exclusivamente por la realidad de que eso aumentaría la tirada de ejemplares, fracasa, y la «Gaceta» en los comienzos del XIX continúa siendo lo que siempre fue, un medio publicístico.

En estos años, lo mismo que hemos establecido un proceso de incautación por el Gobierno de periódicos que pasan a convertirse en nacionales, también asistimos a una progresiva monopolización de las impresiones de normas por la Imprenta Real. Aunque poco sabemos de ella, se ha fechado su creación en 1780¹³⁵, si bien el dato debe ser erróneo ya que el número de la «Gaceta» de 3 de enero de 1775 aparece ya impreso «En la Imprenta Real de la "Gaceta" calle de las Carretas», para pasar después en 1783 a datarse impresa a la Imprenta Real, lo que parece hacer referencia a que ahora ha pasado a tener unos cometidos más amplios. En lo que nos interesa podemos establecer que fue utilizada por el rey, tanto para la impresión de los periódicos oficiales, como para la impresión de normas y de una larga lista de libros, que a partir de 1792, y durante algunos años, se anuncian en la «Gaceta» en lista aparte de tirada anual. La Novísima Recopilación recoge una serie de normas, que evidencia la preocupación por controlar las impresiones realizadas con materias de estado, en un concepto amplio, en las que, aparte de una explicación política, se detecta también una preocupación por garantizar la exactitud de los contenidos. Esta preocupación se refleja especialmente en un decreto de 29 de agosto de 1778, que no recogerá la Novísima, en el que se establece que las impresiones de normas realizadas por particulares, previa licencia, debían supervisarse por la escribanía de cámara, caso de que se realizaran en Madrid, o por los subdelegados de imprenta, caso de realizarse en provincias «para que no se adulteren y salgan con la debida corrección»¹³⁶. Sea por este o por otros motivos según Pérez de Guzmán «el Duque de Alcudia dispuso desde San Ildefonso el 29 de

¹³⁵ El apéndice documental de PÉRE DE GUZMÁN recoge un pequeño artículo de OSSORIO y BERNARD, M. sobre «La Imprenta Nacional de España», aunque no parece muy fiable

¹³⁶ NR, L 17 y 18, n 9 y 10, tít 16, lib. 8, y ESCOLANO ARRIETA, P., «Práctica del Consejo Real», Madrid, 1796, p. 456.

agosto del mismo año que a la Imprenta Real se llevase la impresión de todas las Reales Cédulas, Decretos, Prágmáticas y cuanto se publicaba por las Secretarías de Despacho, Consejos y Tribunales»¹³⁷.

De la lectura de los suplementos en los que se relacionan las obras publicadas en la Imprenta Real durante el año correspondiente, además de deducirse valiosos datos sobre la cultura del momento, se observa la dedicación prioritaria a la publicación de libros. Sin embargo, en 1807, y quizá como compensación al intento de competir con la prensa no oficial que representa el decreto de 1806, se delimitan sus objetivos «para que la imprenta real no perjudique de modo ninguno a las otras imprentas, y se consagre únicamente a empresas de su peculiar instituto, que redunden en beneficio de la instrucción pública; ha resuelto S. M. que por ningún título, pretexto ni motivo, se haga en ella en lo sucesivo impresiones de obras de particulares ni de cuerpos, de cualquier clase o condición que sean, a excepción de las Cédulas, órdenes y providencias que remita el gobierno: y que se emplee principalmente en reimprimir las obras de nuestros buenos escritores que se han hecho demasiado raras, y cuyas impresiones, por su mucho coste no se atreven a emprender los particulares...»¹³⁸.

Ahora bien, con independencia de que nuestra conclusión general sea que la inclusión de normas en los periódicos oficiales no determina su entrada en vigor, entendiendo que estamos ante una publicación que lo que pretende es dar noticia del contenido de la ley, bien para justificar una política determinada, bien para crear en los súbditos una opinión favorable hacia el monarca que corresponda, o bien para contribuir a su difusión porque con ello se consiga un mayor cumplimiento de lo mandado, en estos años comienzan a detectarse algunos casos en los que la inclusión de normas tiene alguna consecuencia jurídica.

Poco a poco ha ido ampliándose, no sólo lo que al rey le interesa hacer público, sino también, en estrecha relación con la definición y el protagonismo de ese mismo público, lo que a éste le interesa conocer. Además de a los intereses del rey, se va aten-

¹³⁷ *Op cit*, pág. 113

¹³⁸ *Gaceta* de 21 de agosto de 1807.

diendo a los de ese público al que a partir de mediados de siglo se hace alusión constatemente en ambos periódicos. A medida que la prensa se consolida, el número de lectores aumenta, y mejora la distribución de los números ¹³⁹, resulta patente su utilidad para hacer llegar a los posibles y anónimos interesados cuestiones que pueden afectarles. El público pasa a tener, pues, algún protagonismo en cuanto que sus intereses condicionan también lo que se publica.

Durante la etapa correspondiente al reinado de Carlos III es frecuente que en la «Gaceta» se anuncien llamamientos de herederos, se relaten acontecimientos relacionados con las Compañías de comercio, que por tener numerosos accionistas sus actividades interesaban a gran número de personas, se avise a posibles acreedores el pago de deudas, etc.

En esta última etapa hemos advertido también cómo el cambio que se observa en el contenido de las normas publicadas, está en relación con la prioridad de los problemas para obtener numerario con el que sufragar los gastos de guerra, con olvido de planteamientos ilustrados, y quizás como consecuencia de un estado que ha pasado a ser esencialmente impositivo, y que por tanto, concede un papel protagonista a su administración financiera. En este período se siguen publicando avisos mandados insertar, bien por los propios tribunales ¹⁴⁰, incluso extranjeros ¹⁴¹,

¹³⁹ SAUGNIEUX, J. *Cultures populaires et culturas savantes en Espagne*, París, 1982, relaciona el deficiente desarrollo de la prensa en España durante el XVIII con la carencia de comunicaciones, pp. 132 y ss.

¹⁴⁰ *En la Gaceta* de 11 de febrero y en el *Mercurio* del mismo mes se dice: «A consecuencia del Real Decreto de 18 de junio de 1790 en que S. M. se sirvió suprimir la Audiencia de la Contratación de Cádiz, declarando debía trasladarse al Consejo de Indias el conocimiento y adjudicación a los legítimos interesados de los caudales de bienes de difuntos que se remiten a América, se ha comunicado la orden correspondiente al presidente juez de Arribadas de la citada ciudad de Cádiz, para que disponga se remitan por la Secretaría del Perú y lo Indiferente todos los expedientes relativos al Juzgado de bienes de difuntos que se hallaban pendientes en aquella extinguida Audiencia, con citación de las partes que se hubiesen presentado por sí o por su apoderado. lo que se hace notorio al público de acuerdo del propio Supremo Tribunal, para que los interesados puedan ocurrir a él por dicha Secretaría del Perú».

¹⁴¹ *En la Gaceta* de 26 de junio de 1804 y a solicitud de un juez de paz de la ciudad de Malinas, perteneciente a la república francesa, se pide que «antes de

bien por el rey. En algunos casos las fórmulas empleadas para dejar constancia de la orden del rey recuerdan determinadas fórmulas de publicación que aparecen en algunas normas: «de Real Orden se publica esto en la "Gaceta" para que llegando a noticia de todos se eviten los perjuicios que de su ignorancia podrían seguirse a algunos de los que piensen poner sus hijos en dicho Real Seminario y, particularmente, a los que viven en las Américas e islas»¹⁴². Señalaremos aquí que de la fórmula se deduce la consideración de que la inclusión en la «Gaceta» implica que llegue a noticia de todos.

Pero además de esta utilización, ya tradicional, se observan algunas novedades de interés. En la «Gaceta» de 26 de septiembre de 1800 se publica la rectificación de algunos errores en el texto de una pragmática de 30 de agosto, cuyo original no ha sido incluido en la «Gaceta». Y en otra ocasión, y para un caso muy determinado, el rey otorga consecuencias jurídicas, administrativas en este caso, a la inclusión en la «Gaceta» de nombramientos militares, tema que encontramos en el periódico desde sus orígenes, y que hasta ahora tenía mero carácter informativo.

En la «Gaceta» de 22 de abril de 1803 se reproduce una real orden de 9 del mismo mes que dice: «Habiendo ocurrido algunas dudas sobre la inteligencia de la Real Orden de 17 de junio de 1801, circulada a los dominios de Indias para que luego que constase por las gazetas la promoción de cualquier oficial de los cuerpos que sirven en ellos, se les pusiese en posesión de su empleo, y abonase el sueldo correspondiente; se ha servido el rey mandar que sólo tenga efecto dicha Real determinación en tiempo de guerra, y que el abono de los sueldos sea desde que los Virreyes o Capitanes Generales, en vista de las gazetas, den la orden para la toma de posesión.» Es interesante constatar que, aunque sólo para tiempos de guerra en que la comunicación de nombramientos se vería dificultada, se entiende que la publicación en la «Ga-

proceder a la adjudicación de los citados bienes se publique este aviso por tres veces en la *Gaceta* de esta Corte con algún intervalo»

¹⁴² *Gaceta* de 4 de diciembre de 1804. El tema es difundir las condiciones que se exigirán para la entrada en el Seminario de Vergara

ceta» equivale a dicha comunicación, aunque poco tiempo después, en 1806 como ya vimos, se rechaza el que la «Gaceta» sustituya los tradicionales métodos de comunicación de normas a las autoridades.

Pero también hemos encontrado datos interesantes relacionados más estrechamente con la publicación de las normas. Veámoslos por orden cronológico.

En la «Gaceta» de 23 de julio de 1799 se dice: «Para que la Real Cédula de 17 del presente mes que trata de la consolidación de los vales Reales, y de evitar los daños que causa el excesivo premio de su reducción, tenga puntual y uniforme cumplimiento en todos los pueblos de España, y desde un mismo día puedan la Real Hacienda y todos los vasallos satisfacer las obligaciones pactadas en oro o plata, entregando vales con el premio de 6 por 100 sobre su primitivo valor sin incluir los intereses, que es la diferencia que con la calidad de por ahora se fija en los vales y la moneda efectiva: se ha servido S.M. mandar que desde el día 1.º de agosto próximo, para el qual había podido verificarse la publicación de la Real Cédula, empiece a regir y observarse tanto en Madrid como en los demás pueblos de España... Y para que llegue a noticia del público y nadie alegue ignorancia, se da orden de S.M. el presente aviso.» El texto presenta varios puntos de interés. En primer lugar, la inclusión del aviso en la «Gaceta» implica el que llegue a noticia del público, y tiene como consecuencia esa presunción de conocimiento general que evita la alegación de ignorancia. Pero además se habla de una Real Cédula, que no se publica en la «Gaceta», a la cual a través del aviso se le fija una fecha de entrada en vigor, común para todo el territorio, y que se presume concede tiempo suficiente para verificar su publicación. Junto a la certeza de que no se enciente por tal su inclusión en la «Gaceta», puesto que ésta no se realiza, la incógnita de cuál sea el procedimiento de publicación que deberá tener lugar con anterioridad al 1 de agosto.

La siguiente «Gaceta» es de 2 de diciembre de 1803. En ella se incluye una real orden de 29 de noviembre que el primer secretario de Estado envía al señor gobernador del Consejo Real y que dice lo siguiente: «Considerando el Rey el bien que puede resultar a la humanidad de que no se oculten los géneros infectos que hayan podido introducirse en la ciudad de Málaga, dando

ocasión a la epidemia que allí se padece, se ha servido S.M. conceder indulto de las penas impuestas a las personas que los hayan introducido, siempre que denuncien los géneros por cuya introducción las incurrieron: quedando en su fuerza, fuera de estas circunstancias, las leyes penales que rigen en la materia: lo que participo a V.E. de Real Orden a fin de que disponga se publique en la expresada ciudad esta soberana resolución.—Posteriormente a propuesta del mismo Sr. Gobernador del Consejo, como Presidente de la Suprema Junta de Sanidad, se ha servido mandar a S.M. que el referido indulto se publique en los quatro Reynos de Andalucía y demás parages que estimare conveniente para asegurar la salud pública; y que se inserte también en la Gaceta como se hace, para que llegue a noticia de todos.» La voluntad del rey es comunicada al gobernador del Consejo Real y esa voluntad formula igualmente el que se lleve a cabo su publicación en una ciudad. Sin embargo con posterioridad se considera conveniente aumentar a más lugares dicha publicación, a la que se añade también la inserción en la «Gaceta», considerando una vez más que así llega a noticia de todos.

Finalmente un último dato en la misma línea. En la «Gaceta» de 18 de agosto de 1807 se publica un aviso en el que se reconoce el fracaso de una circular del Consejo de 19 de septiembre de 1806 sobre el reparto de ejemplares de la Novísima Recopilación a las autoridades locales, formulándose una nueva de 29 de febrero de 1807: «... y deseando los señores ministros del consejo, que componen la Junta de recopilación, que llegue por varios medios a noticia de todos los pueblos lo prevenido en las citadas órdenes circulares, ha acordado se publique en tres gazetas, para que ninguno pueda alegar ignorancia». Otra vez nos encontramos el mismo binomio: la inclusión en la «Gaceta» es un medio de llegar a noticia de todos, y de evitar por tanto la alegación de ignorancia.

Este proceso, aunque esto suponga rebasar el período cronológico que nos hemos marcado, y adelantar algo del siguiente siglo, en el que trabajamos en la actualidad, parece haber desembocado en tiempos de José I en una equiparación de las publicación en la «Gaceta» con los restantes medios utilizados tradicionalmente. Y así, una orden de 20 de enero de 1809 dirá: «... y para que llegue a noticia de todos, y que tenga su puntual observancia, sin que por nadie se pueda alegar ignorancia, he mandado se

publique en la forma ordinaria, fixandose en los parages acostumbrados, en la aduana, en los registros y puertas de entrada e insertándose en la Gazeta y diario de Madrid»¹⁴³. Ha pasado, pues, a formar parte de las formas tradicionales por las que la voluntad real era puesta en conocimiento de los súbditos, con independencia de cómo puedan calificarse jurídicamente dichas formas de publicación.

A esta problemática corresponde el apartado siguiente.

7. PROMULGACION, PUBLICACION, DIVULGACION

Aunque al plantearnos la presente investigación la concebimos reducida a los límites, más abarcables, de examinar el papel desempeñado por la «Gaceta de Madrid» en la publicación de las normas en el siglo XVIII, ampliado después al «Mercurio» por las razones ya expuestas, de la lectura de las numerosísimas normas incluidas en ambos hemos deducido una serie de cuestiones que creemos interesante exponer en relación al concepto de publicación de la ley en este siglo, aun siendo conscientes de que fijar ese concepto en su verdadera dimensión exige un planteamiento más amplio, que debería comenzar por un estudio que definiera el problema en la doctrina, obra ya de por sí ingente. Igualmente resultaría necesario conocer con más precisión la participación de los órganos de la administración en su creación y difusión, así como determinar a qué responden y cómo se definen las diferentes formas de la ley en este siglo.

En cuanto a esta última cuestión sólo hemos conseguido unos conocimientos mínimos y numerosos interrogantes, ya que las escasas definiciones existentes no nos parecen definitivas¹⁴⁴. Una afirmación de García Gallo tan prometedora como: «... la confu-

¹⁴³ *Gaceta* de 28 de enero de 1809

¹⁴⁴ ARTOLA, M., «La legislación del Antiguo Régimen», Madrid, 1982. Y CABRE-RA BOSCH, M. I., «El poder legislativo en la España del siglo XVIII», en *La economía española al final del Antiguo Régimen*, tomo IV, pp. 187-265. En este último caso existen varias afirmaciones erróneas, y sus conceptos jurídicos son confusos. Considera que «sólo la pragmática refleja expresamente cuál es el modelo de publicación, ..respecto de la publicación del resto de las disposiciones nada se dice en el propio texto de las mismas». Nuestros datos son otros en este caso

sión entre todos estos tipos de leyes es sólo aparente; los juristas de la época los distinguían sin vacilación», es acompañada por una larga nota que defrauda nuestras esperanzas: «... probablemente por ello, como es cosa sabida, el Ordenamiento de Montalvo, la Recopilación de Castilla, las Leyes de Indias y los tratadistas nada dicen sobre su carácter y diferencias»¹⁴⁵. Lalinde, en este tema, suscribirá la frase de Martínez Marina, que atribuye un talento metafísico al que fuera capaz de definir claramente la cuestión¹⁴⁶. No nos atreveremos, pues, a tanto. Creemos que en este siglo todavía pueden ser todas ellas refundidas en un único concepto porque «todas tienen fuerza de ley en sus casos como dimanadas de la suprema cabeza en quien reside la potestad legislativa»¹⁴⁷. Esta afirmación es perfectamente encuadrable en la contemporánea de Heller: «... nunca ha sido pues el contenido normativo el elemento decisivo para distinguir las diversas especies de normas, sino la autoridad a la que se atribuye el establecimiento de la norma»¹⁴⁸. En nuestro caso, esa autoridad es únicamente el rey y eso unificará sustancialmente su carácter.

Si de la lectura de las leyes aparecidas en la «Gaceta» lo primero que resulta evidente es la variedad de sus formulaciones, una segunda evidencia es su envío a diferentes autoridades, que parece responder a una publicación selectiva en función del asunto regulado. Para revalidar esa impresión y llegar a conclusiones más ilustrativas sería necesario cotejar esas fórmulas de publicación con las competencias de los respectivos destinatarios, lo que resulta imposible en el estado actual de la investigación. La laguna es especialmente grave en lo que respecta a las funciones y competencias del Consejo Real, aunque también de los restantes Consejos¹⁴⁹, ya que precisamente son organismos encargados de

¹⁴⁶ LALINDE, J., «La creación del derecho entre los españoles», *AHDE*, 1966, p. 335.

¹⁴⁷ ALVAREZ POSADILLA, J., «Comentarios a las Leyes de Toro», Madrid, 1804. Comentarios a la Ley 1.^ª

¹⁴⁸ *Op. cit.*, p. 191.

¹⁴⁹ Tomás y Valiente ha puesto de relieve la necesidad de realizar estudios sobre el Consejo Real. La ausencia de conclusiones sobre sus competencias en el siglo XVIII es especialmente significativa. Ver «El Estado absolutista: el gobierno de la Monarquía y la administración de los reinos», *Historia de España*, de Ramón MENÉNDEZ PIDAL, tomo XXV.

poner la norma en conocimiento de las autoridades correspondientes, y que si atendemos, como parece necesario, a los textos concretos de dichas normas y a algunas de las recogidas en la «Novísima Recopilación»¹⁵⁰, tiene un importante papel en la determinación de las fórmulas de publicación de las mismas.

Y van a ser los propios textos los que fundamentarán prioritariamente nuestras conclusiones por entender que en ellos puede observarse la materialización del concepto existente. Y como punto de referencia ilustrador, hemos utilizado a Suárez y a Fray Luis de León, por la amplitud de sus planteamientos y por entender que sus afirmaciones sobre esta problemática tienen plena vigencia en el siglo XVIII, ya que las nuevas orientaciones doctrinales no guardan todavía relación con lo practicado por la corona.

Y buscando en dichos autores un concepto instrumental que pudiera servirnos de punto de partida, encontramos una identificación entre promulgación y publicación, que parece, además, haber perdurado históricamente¹⁵¹. «Pues siendo promulgar hacerla pública...», dirá Fray Luis de León¹⁵², y Suárez insistirá: «Promulgación equivale a publicación de la ley», para añadir en este mismo sentido que la ley «ha de presentarse de una manera pública y adecuada a la comunidad. Tal publicación o presentación, por tanto, es precisamente lo que llamamos promulgación... para que obligue debe proponerse a la comunidad. Y en eso consiste la promulgación»¹⁵³. Y más claramente aún «la promulgación por tanto, como su mismo nombre indica, se refiere a la ley externa, ya que alude a una publicación de la ley por medio de la cual pueden conocerla los súbditos»¹⁵⁴.

Ahora bien, entendemos que esta identificación no es ninguna confusión, sino la consecuencia lógica de concebir el poder legislativo como «signo manifiesto de la voluntad de soberano», de las

¹⁵⁰ NR, n 2, tít 4, lib. 3

¹⁵¹ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* Zaragoza, 1974, artículo primero. Y no sólo en España. ver REVEL, pp 17 y 131

¹⁵² «De legibus» Corpus hispanorum de pace, CSIC, 1963, p 37

¹⁵³ «De legibus». Tomo I. Corpus hispanorum de pace. CSIC, 1972, 1-11-3.

¹⁵⁴ *Op cit.*, 1-11-2.

características del poder real, en definitiva ¹⁵⁵. Para evitar la posibilidad de que esta manifestación de voluntad pueda ser exteriorizada de forma privada es por lo que se exige un acto público: «... no es posible, por tanto, que la ley humana empiece a ser ley y tenga fuerza obligacional antes de haber sido promulgada públicamente de algún modo» ¹⁵⁶. Por eso aparecen tan unidos ambos conceptos, porque se entiende que la obligatoriedad de su contenido está en relación con su promulgación pública. Lo dirá muy claramente en otro momento: «... la ley es un signo de la voluntad del soberano con la que quiere mover y obligar a toda la comunidad. Será pues necesario que tal signo sea público» ¹⁵⁷. Y precisamente por eso «la ley precisa algún tipo de presentación externa y perceptible», que además «debe señalarla el propio legislador, ya que no puede fijarse por otro medio» ¹⁵⁸. Tendremos pues que es la voluntad real la que promulga la ley, pero que en cuanto es necesario la manifestación de dicha voluntad, la hace pública a la comunidad, y con ello publica la ley. Ambos conceptos son así inseparables.

Pero además Suárez distingue entre promulgación, con su consiguiente aplicación, y divulgación, entendiendo por tal «la acción de hacer llegar esa primera promulgación a conocimiento o a oídos de los súbditos» ¹⁵⁹, lo que la configura como un acto posterior que difunde una ley ya establecida.

Y si ésta es la opinión de los juristas, veamos ahora la primera norma significativa en relación a este problema: el auto acordado de 1 de abril de 1767, al que ya hicimos alusión en un apartado anterior y que nos ayudó a establecer que la inclusión de textos jurídicos en la «Gaceta» responde a un fenómeno publicístico ¹⁶⁰. Su finalidad es, precisamente, recordar que sólo son obligatorias las normas publicadas, lo que guarda una estrecha relación con las anteriores afirmaciones de Suárez. Y de su lectura

¹⁵⁵ *Op. cit.*, 3-15-1.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, 3-16-3.

¹⁵⁷ *Op. cit.*, 3-15-1 y 3-16-1.

¹⁵⁸ *Op. cit.*, 1-11-5 y 6.

¹⁵⁹ *Op. cit.*, 3-16-3

¹⁶⁰ Ver nota 98

en relación a estas cuestiones, dos cosas llamaron nuestra atención.

De un lado el binomio intimida-publicada ya que del texto se deduce que tales conceptos justifican la relación de normas que le sigue. El concepto «intimación» aparece claramente definido en Suárez, que lo considera «la notificación de la voluntad del superior al inferior», que tiene una trascendental importancia, ya que «con posterioridad al acto de voluntad del legislador a que antes hice mención el único requisito indispensable es que éste indique, ponga de manifiesto o intime su resolución y dictamen a los súbditos a quienes afecta la ley»¹⁶¹. El acto de voluntad del legislador en cuanto tal puede ser anterior a su manifestación pública, pero sólo es posible que al súbdito le conste a partir de la misma. Por tanto, si promulgación y publicación son conceptos inseparables, ésta, a su vez, es también una intimación ya que la manifestación de la voluntad real tiene por sí fuerza obligacional.

Esta configuración de la publicación como declaración de voluntad es igualmente señalada por D'Atena: «... al verbo 'pubblicare'... sembra doversi attribuire il significato di esternare una volontà per l'innanzi non dichiarata e non quello di divulgare il contenuto di una dichiarazione preesistente»¹⁶². La segunda cuestión que el texto nos sugiere pertenece al apartado siguiente.

8. LA FORMA DE LA LEY COMO PUBLICACION

Y esta cuestión que nos sugiere el texto es la estrecha relación entre publicación y forma de la ley, que igualmente encontramos formulada en Suárez: «...es, por otra parte, evidente que aquella intimidación consiste en una determinada expresión, entendiendo por expresión cualquier forma de indicación o notificación de un acto interno hecho a otro»¹⁶³. Si el texto equipara intimación-publicación está claro que en el mismo esta consiste en unas determinadas formas en las que la voluntad del rey se manifiesta. En este sentido es en el que entendemos que la diferentes formas

¹⁶¹ *Op. cit.*, 1-4-10 y 1-4-12

¹⁶² *Op. cit.*, p 98

¹⁶³ *Op. cit.*, 1-4-13

que adopta la ley en el XVIII son realmente formas de publicación que atienden a los diferentes niveles en los que la ley se hace pública.

Y este concepto nos lleva a suscribir las afirmaciones de D'A-tena, que considera la forma como el instrumento material a través del cual se exterioriza la voluntad del monarca, y que precisamente por ello implica simultáneamente una certificación de la literalidad de la declaración, y una divulgación de la misma, ya que esa literalidad debe llegar a un número más o menos amplio de destinatarios. Y el autor pone en relación estas afirmaciones con la teoría por la cual la publicación se incluye en el procedimiento de formación de la voluntad legislativa, que nos parece adecuada en relación con este siglo ¹⁶⁴.

Este entender las formas de la ley como formas de publicación no plantea realmente problemas en relación con los conceptos tradicionales de edicto, bando o pregón. De las restantes formas, y con base en los textos incluidos en la «Gaceta», nos ocuparemos en los apartados siguientes dependiendo del tipo de publicación que representen. Señalaremos sólo como incógnita la ausencia del decreto en la enumeración de formas del auto acordado, que quizá esté motivada porque los mismos llegaban a conocimiento de los súbditos a través de otras formas de divulgación y no como tales. Algo más veremos sobre ello más adelante.

Y como primera observación derivada del examen de los textos incluidos en la «Gaceta» destacaremos el importante papel del Consejo Real en la publicación de la voluntad del rey. Esta, calificada de real resolución o de decreto, se presenta en muchos casos al Consejo, el cual debe decidir la forma de ejecución más conveniente para conseguir su cumplimiento, siendo ésta una de sus competencias tradicionales ¹⁶⁵.

Y ambas cosas, es decir, tanto el acto de presentación en el mismo de la voluntad real, como la orden de cumplimiento dada por el Consejo son calificadas de «publicación», bien separadamente o bien simultáneamente. Veamos. En algunos textos se

¹⁶⁴ *Op cit*, p. 99

¹⁶⁵ «Regla y práctica sobre el Consejo Real y Sala de Alcaldes», Madrid, 1713, en de DIOS, S., *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*. Madrid, 1986, p. 135 y NR, L. 12, tít. 4, lib. 3.

dice: «...publicada en el mi Consejo esta mi Real deliberación en 31 de mayo próximo, acordó se expidiese esta mi Real Cédula para que todos los pueblos y Justicias del Reyno la tengan entendida»¹⁶⁶, lo que a nuestro juicio resulta también significativo de ese entendimiento de la real cédula como forma de publicación de la voluntad real. Pero además de entenderse que en el consejo se hace pública la voluntad real, se entiende igualmente que el Consejo publica esa voluntad: «...y habiendo dirigido al mi Consejo el citado Real Decreto para que dispusiera su publicación y observancia, visto en él, acordó en 9 de este propio mes su puntual cumplimiento y para ello expedir esta mi Cédula»¹⁶⁷. Y, a veces, ese doble concepto se formula aún más claramente: «En el Consejo pleno de hoi se han publicado y mandado publicar y circular en la forma acostumbrada los dos reales decretos que siguen...»¹⁶⁸. La voluntad del rey se formula pues en el Consejo y éste las transmite: ambos conceptos se califican de publicación.

Tal actividad del Consejo en este período no tiene ninguna relación con la validez de la norma, aunque sí con su cumplimiento como veremos. Prueba de ello es que la «Gaceta» incluye numerosos decretos que posteriormente se publican como real cédula. Este es el caso de uno de los decretos de 28 de abril de 1798, que serán presentados también en las cortes de ese año, incluido literalmente en la «Gaceta» de 5 de mayo, y que se recogerá en la Novísima Recopilación como Real Cédula de 14 de mayo¹⁶⁹. Aunque hemos calificado la inclusión en la «Gaceta» de publici-

¹⁶⁶ Real Cédula de 21 de junio de 1770 *Mercurio* de julio. Y también «...y publicada en el mi Consejo esta mi Real Resolución en 11 de este mes, acordó su cumplimiento, y para que lo tenga en todo expedir esta mi Cédula». Real Cédula de 23 de octubre de 1770 *Mercurio* de diciembre. Y finalmente «...esta Real Resolución se participó al Consejo por el señor Conde de Florida Blanca en 9 de este mes, para que dispusiese su cumplimiento: y publicada en él, ha acordado se guarde y cumpla lo que S. M. manda, comunicándose a este fin las órdenes convenientes a las Chancillerías, Audiencias y Corregidores del Reyno». Circular de 20 de noviembre de 1788. *Gaceta* de 13 de enero de 1789. Los textos similares son muy numerosos

¹⁶⁷ Real Cédula de 15 de agosto de 1776, e iguales fórmulas entre otras en las de 23 de agosto y 26 de noviembre de 1776. *Mercurios* de agosto y diciembre

¹⁶⁸ *Gaceta extraordinaria* de 14 de junio de 1808.

¹⁶⁹ La *Gaceta* de 3 de septiembre de 1779 publica un Decreto de 17 de agosto con la fórmula: «Tendráse entendido en la Cámara para su cumplimiento y expe-

dad de la ley, lo que es indudable es que lo publicado en ella son normas perfectas, por lo que hay que concluir que su inclusión en una real cédula no condiciona su existencia, aunque condicione su observancia. Sobre esto volveremos en el apartado siguiente.

La estrecha relación entre cédula y publicación aparece igualmente en las fórmulas correspondientes, que sobre todo en los últimos años del siglo resultan muy expeditivas, agudizándose el tono imperativo con que se remiten los decretos al Consejo, lo que parece indicar una disminución de sus facultades, en cuanto que su actuación aparece ya prefijada en la fórmula de envío en la propia norma ¹⁷⁰. Veamos un ejemplo: «Tendrase entendido en el Consejo para su publicación, y que se comuniqué a quien corresponda», o bien «Tendrase entendido en la Cámara para su cumplimiento y expedir las Cédulas correspondientes a los RR. Obispos e Iglesias de estos Reynos a fin de que les conste esta mi resolución» ¹⁷¹. La Cédula es pues la forma por la cual se tiene constancia del contenido de una resolución real que ya se ha producido, que de un lado, como ya afirmamos, certifica la literalidad de dicha resolución y de otro la difunde a las autoridades dependientes del órgano que la emite.

Hasta este momento hemos hablado del Consejo Real, pero las Cédulas eran publicadas también por otros organismos, tanto por los restantes Consejos, que en ocasiones deban cédulas sucesivas sobre un mismo tema ¹⁷², como por las juntas que proliferaron

dir las Cédulas correspondientes . », que efectivamente es recogido en el *Mercurio* de enero de 1780 como Cédula de 5 de septiembre de 1779. Los casos son numerosos

¹⁷⁰ Como ejemplos. «...he mandado que de esta mi resolución se expida Cédula que se circule» Real Cédula de 6 de diciembre de 1787 (*Gaceta* de 21 de diciembre). « .Tendrase entendido en el Consejo, y expedirá la Cédula correspondiente». Decreto de 2 de agosto de 1795 (*Gaceta* de 11 de agosto). «Tendreislo entendido y lo comunicaréis a quienes corresponda, y particularmente al mi Consejo, a fin de que expida la correspondiente Real Cédula para su puntual cumplimiento». Decreto de 19 de septiembre de 1798 (*Gaceta* de 2 de octubre).

¹⁷¹ Decreto de 20 de enero de 1802 (*Gaceta* de 27 de abril) y Decreto de 17 de agosto de 1779 (*Gaceta* de 3 de septiembre). Pasa como cédula a la *NR*, L. 2, tít 5, lib. 2.

¹⁷² Por el Consejo de Hacienda: Real Cédula de 22 de abril de 1798 (*Gaceta* de 8 de mayo). Por el Consejo de Guerra: Real Cédula de 26 de junio de 1779, *Ga-*

durante este siglo, en donde también, una vez publicadas en ellas las resoluciones reales, se acordaba «su cumplimiento y para ello expedir esta mi Cédula»¹⁷³.

La razón estaba quizá en la celosa defensa de sus respectivas competencias por parte de dichos organismos, según el propio contenido de la norma que debe ser cumplida. Por ello en los decretos y reales órdenes, que parecen configurarse como las formas en las que directamente se manifiesta la voluntad real se encuentran fórmulas como éstas: «...en el concepto de que iguales decretos a este dirijo a mis Consejos de Estado, Guerra, Castilla, Indias, Ordenes y Hacienda»¹⁷⁴, o bien «...y pasaréis copia rubricada de este Decreto a los Consejos de Castilla, Inquisición y Ordenes para su puntual observancia en ellos y en los Tribunales y oficinas de su dependencia, e igual copia y aviso comunicaréis a las vías de Estado, Guerra, Indias, Marina y Hacienda para que por las respectivas vías de su Despacho se mande lo mismo a los Consejos, Tribunales y Oficinas que de ellos depende»¹⁷⁵, detallada enumeración que aparece determinada por el conocimiento imprescindible para su observancia, y que nos da idea de una administración piramidal, en la que cada Consejo y Secretaría tiene sus propios órganos subordinados con los que se relaciona en exclusiva.

ceta de 29 de junio, y real Cédula de 20 de junio de 1796 (*Mercurio* de junio) Esta última se envía al Consejo Real para que éste a su vez «dispusiese su puntual cumplimiento», emitiendo a su vez la cédula correspondiente

¹⁷³ Tras un encabezamiento que dice «La Real Junta General de Comercio y Moneda ha publicado la siguiente Real Cédula de S. M.», se incluyen literalmente una cédula de 20 de junio de 1788 (*Gaceta* de 14 de noviembre) y otra de 7 de noviembre del mismo año (*Gaceta* de 21 de noviembre). Y la Junta de Represalias expide la cédula de 4 de abril de 1796 (*Gaceta* de 20 de mayo y *Mercurio* de abril) e igualmente se le envía a dicha Junta un decreto «para que disponga su publicación» (*Gaceta* de 24 de abril de 1801).

¹⁷⁴ Decreto de febrero (sin día en la fecha), *Gaceta* de 15 de febrero.

¹⁷⁵ Decreto de 29 de marzo de 1789 (*Gaceta* de 3 de abril). O también: «Lo que comunicaréis a mi Consejo Real, a la Caja de amortización y demás que convenga». Decreto de 7 de marzo de 1798 (*Gaceta* de 17 de abril)

9. LA OBSERVANCIA COMO DETERMINANTE DE LAS FORMAS DE PUBLICACION: PUBLICACIONES RESTRINGIDAS Y PUBLICACIONES GENERALES

Otra conclusión que se deduce de los textos es que la publicación de la norma va siempre encaminada a conseguir la observancia de lo mandado, y las diferentes formas de publicación que se utilizan están en función precisamente de lograr el cumplimiento de la voluntad del rey, y son más reducidas o más generales según se requiera en cada caso.

La real cédula es tanto un mandato de cumplimiento de esa real voluntad, como la forma de publicación de dicha voluntad, cuya declaración ha sido formulada con anterioridad a los organismos a quienes compete su cumplimiento. El encabezamiento que se suele emplear para anunciar en la «Gaceta» las que se venden impresas en diversas librerías resulta significativo: «Real Cédula de S. M. y señores del Consejo, por la qual se manda observar y guardar la Real Resolución inserta en la que se declara...»¹⁷⁶. Y es también una forma de publicación en cuanto que se envía «a fin de que les conste esta mi resolución»¹⁷⁷.

En algunos textos el binomio publicación-observancia aparece expresamente relacionado: «...se expidió el 29 del mismo la Cédula correspondiente para instrucción de sus vasallos y para la obsevancia de lo estipulado», o bien «...que dirijo al Consejo a fin de que mande expedir la Cédula correspondiente para su observancia y noticia de mis vasallos», y finalmente «...para que se verifiquen las Reales intenciones de S. M. y puedan enterarse sus vasallos de las disposiciones adoptadas por el Gobierno»¹⁷⁸.

Si entre las competencias tradicionales del Consejo de Castilla estaba el hacer ejecutar los decretos que se expedían¹⁷⁹, esa ejecución estaba estrechamente relacionada con el envío de la

¹⁷⁶ *Gaceta* de 17 de febrero de 1784.

¹⁷⁷ Decreto de 17 de agosto de 1779, *Gaceta* de 3 de septiembre. En el *Mercuro* de enero de 1780 se incluye como cédula de 5 de septiembre de 1779.

¹⁷⁸ Decreto de 22 de septiembre de 1786 (*Gaceta* de 13 de octubre). Decreto de 24 de octubre de 1784 (*Gaceta* de 23 de noviembre) Circular de la Junta de Represalias de 8 de abril de 1801 (*Gaceta* de 24 de abril).

¹⁷⁹ DE DIOS, p. 135

norma correspondiente a aquellas autoridades encargadas de su observancia, que son las que aparecen relacionadas al comienzo y al final del texto de la real cédula ¹⁸⁰.

Hemos hablado hasta ahora con preferencia de reales cédulas, para determinar que son vehículos de publicación y de intimación de la voluntad real a los súbditos. Pero esa real resolución de la que hablan los textos, donde se formula fundamentalmente es en el decreto, que procede directamente del monarca. Sus destinatarios son múltiples, según la materia de que se trate; pero son únicos, es decir, se envía a un destinatario concreto, con independencia de que puedan simultanearse varias copias a distintas autoridades. La cédula, sin embargo, tiene múltiples destinatarios, aunque eso sí, éstos dependerán de las competencias del Consejo o Junta que la emita.

El destinatario del decreto deberá a su vez realizar determinadas actuaciones encaminadas a conseguir su observancia, lo que a su vez puede implicar nuevas comunicaciones. La fórmula es pues individual: «Tendreislo entendido y expediréis las órdenes correspondientes para su puntual cumplimiento», o bien: «Tendreislo entendido y expediréis las órdenes y avisos que convenga a este fin», o finalmente «comunicaréis las órdenes correspondientes a la observancia» ¹⁸¹. Con frecuencia este encargo de difusión inconcreto se concretará relacionándose los destinatarios ¹⁸².

¹⁸⁰ Una Real Cédula de 9 de octubre de 1766, que restituye a las justicias ordinarias el conocimiento de los bienes que dejan los que fallecen *ab intestato* y sin herederos, se envía « a los del mi Consejo, Presidente y Oidores de las mis Audiencias, Alguaciles de la mi Casa, Corte y Chancillerías, Asistente, Gobernadores, Corregidores, Alcaldes Mayores, y Ordinarios Escribanos y demás Jueces, Justicias, Ministros y personas que exerzan jurisdicción qualesquier de todas las Ciudades, Villas y Lugares de estos mis Reynos y Señoríos...» (*Mercurio* de octubre) Los destinatarios de las cédulas parecen ser siempre aquellas autoridades con competencia en la materia regulada.

¹⁸¹ Decreto de 21 de junio de 1791 (*Gaceta* de 13 de septiembre) Decreto de 5 de abril de 1780 (*Gaceta* de 25 de abril). Decreto de 2 de marzo de 1791 (*Gaceta* de 11 de marzo)

¹⁸² « . . . enviando con copia de este decreto las instrucciones que formareis a los Tribunales, oficios de cuenta y razón, Thesorerías y Ministros a quienes toque » Decreto de 22 de febrero de 1760 (*Mercurio* de febrero)

« . . . y pasareis copia de este Decreto al Conde de Florida Blanca, y a los Tribu-

Sin embargo, el decreto como tal no se hace público al súbdito o a parte de los súbditos, sino a través de otra forma legal, cuya naturaleza es precisamente la de ser una forma de publicación más o menos general. El decreto pues es la voluntad real manifestada a determinados organismos, que deben difundirla en la medida necesaria para conseguir su cumplimiento y observancia. Posiblemente por esto no aparece el decreto entre las formas legales relacionadas por el auto acordado de 1 de abril de 1767, ya que al constituir siempre una publicación restringida no trasciende al súbdito como tal, sino englobado en una forma diversa. En cuanto a las órdenes que menciona creemos que pueden ser las que aparecen referidas en las fórmulas de envío de los decretos, y que parecen formar parte de un segundo escalón en esta serie de publicaciones sucesivas.

Y precisamente el decreto, en cuanto directo exponente de la voluntad real, será la forma mayoritariamente incluida en la «Gaceta» y en el «Mercurio», aunque en éste en menor medida. Posiblemente la causa sea la dependencia de ambos periódicos de la Secretaría de Estado, lo que hace que se envíen directamente las normas cursadas en su forma originaria.

Otra de las conclusiones que deducimos de la lectura de los textos, y que hemos mencionado anteriormente, es que la voluntad del rey se comunica a través de publicaciones sucesivas. Las fórmulas incluyen un encargo de transmitir lo mandado, identificando claramente en muchos casos publicación y cumplimiento ¹⁸³, y siendo en ocasiones esta identificación muy ilustrativa de la complejidad de la administración del Antiguo Régimen ¹⁸⁴.

nales, Ministros y oficinas que convenga para su puntual cumplimiento en la parte que a cada uno toca.» Decreto de 4 de mayo de 1791 (*Gaceta* de 5 de julio)

« lo comunicareis a mi Consejo Real, a la Caja de amortización y demás que convenga.» Decreto de 7 de marzo de 1798 (*Gaceta* de 17 de abril).

¹⁸³ La Real Orden de 19 de mayo de 1799 se envía a la dirección general de Correos «para su cumplimiento y que disponga su publicación». (*Gaceta* de 24 de mayo) Y en el Real Decreto de 7 de abril de 1793 se dirá: «. . . y lo comunicareis de mi Real orden a los Vireyes, Capitanes Generales, Audiencias, Gobernadores y demás Jueces y Justicias, para que publicándolo cada uno en los términos de su jurisdicción, tenga el cumplimiento según conviene a mi servicio» (*Gaceta* de 16 de abril de 1793)

¹⁸⁴ El Decreto de 29 de marzo de 1789 (*Gaceta* de 3 de abril), dice: «Tendreislo entendido y pasareis copia rubricada de este Decreto a los Consejos de Castilla,

Podemos calificar, pues, las formas de publicación hasta ahora examinadas de publicaciones restringidas y sucesivas, ya que su envío, con la consiguiente orden de cumplimiento, se reduce a una serie de autoridades, pero no desciende hasta el súbdito. Sin embargo existen también publicaciones generales. No en todas las normas, pero sí en algunas, aparece expresamente previstas una publicación general ¹⁸⁵. Veamos algo sobre ello.

Tradicionalmente la pragmática llevaba consigo una publicación solemne, con un ceremonial preciso, existente igualmente para comunicar al súbdito paces y guerras ¹⁸⁶. En el caso de la pragmática, al surgir como alternativa a la ley dada en cortes, y teniendo presente que en ella se publicaba la ley «...cuando no hay todavía otros medios técnicos de favorecer la difusión, que la unión de todos los poderes del reino» ¹⁸⁷, al prescindirse de las mismas se recurre a establecer una forma también solemne de publicación, que además suele acompañarse de su impresión y venta al público ¹⁸⁸. Y efectivamente, cuando se incluyen literalmente en alguno de los periódicos oficiales van acompañadas de una

Inquisición y Ordenes para su puntual observancia en ellos, y en los Tribunales y Oficinas de su dependencia; e igual copia y aviso comunicareis a las vías de Estado, Guerra, Indias, Marina y Hacienda para que por las respectivas vías de su Despacho se mande lo mismo a los Consejos, Tribunales y Oficinas que de ellas dependen.»

¹⁸⁵ Como ejemplo de publicación sucesiva, y también general, el Decreto de 17 de agosto de 1779 sobre la forma de proveer plazas en el Tribunal de la Rota se envía al Gobernador del Consejo con la indicación: «Tendrase entendido en la Cámara para su cumplimiento, y expedir las cédulas correspondientes a los RR. Obispos e Iglesias de estos Reynos a fin de que les conste esta mi resolución » Como tal decreto es publicado en la *Gaceta* de 3 de septiembre, y el *Mercurio* de enero de 1770 lo incluye como cédula por la que se encarga a las autoridades eclesiásticas mencionadas el cumplimiento de dicho decreto así como dar «las órdenes o providencias correspondientes, a fin de que en todo el distrito de vuestra Diócesis y territorio conste a todos mis vasallos esta mi Real determinación», para lo que a su vez se utilizará otra forma legal. Hay que subrayar en este caso el que sea el rey quien dicte la norma, pero deja su difusión a la iglesia.

¹⁸⁶ DE DIOS, «Discurso sobre el Consejo y ceremonial del mismo», en *op cit*, p. 311 y ss

¹⁸⁷ PÉREZ PRENDES, J. M., *Cortes de Castilla*, Barcelona, 1974, p. 146.

¹⁸⁸ «El jueves 21 del pasado se promulgaron en esta Corte, con las ceremonias y solemnidades de nueva Ley, las Reglas que S. M. ha establecido para la presen-

cláusula que recoge su publicación en Madrid, aunque el texto advierte que además debe hacerse «en las ciudades, villas y lugares de estos mis Reynos en las formas acostumbrada». En Madrid estos lugares eran «ante las puertas del Real Palacio, frente del Balcón principal del Rey nuestro Señor y en la Puerta de Guadalajara, donde está el público trato y comercio de los Mercaderes y Oficiales», publicándose «con trompetas y timbales por voz de pregonero público», estando presentes alcaldes y Alguaciles de la Casa y Corte y diverso público, y dando certificado de ello su escribano de cámara ¹⁸⁹.

Creemos que las razones de esta publicación general son de un lado ese «en fuerza de Ley y Pragmática Sanción como si fuese hecha y promulgada en Cortes», que mencionan los textos, pero además es importante señalar que la real resolución que contiene debe ser de «inviolable observancia en todos mis dominios». Esa es una constante en los textos que hemos analizado, así como la afirmación de que se utiliza dicha forma» para que llegue a noticia a todos mis vasallos». Ello implica que a una pretensión de vigencia general se corresponda la utilización de normas generales de publicación, lo que explica que un decreto, que como tal es enviado a diversos organismos, sea publicado como pragmática ¹⁹⁰, y que lo mismo suceda con reales cédulas ¹⁹¹.

El Consejo es también en estos casos el encargado de efectuar

tación y examen de los Breves y Bulas Pontificias, cuyas Reglas se podrán ver por menor en la Pragmática que se ha impreso.» (*Gaceta* de 2 de febrero de 1762 y *Mercurio* de febrero)

¹⁸⁹ Pragmática de 2 de abril de 1767 (*Mercurio* de marzo) Pragmática de 16 de junio de 1768 (*Mercurio* de junio). Pragmática de 24 de junio de 1770 (*Mercurio* de junio).

¹⁹⁰ Un ejemplo evidente de esta orientación es el texto de la pragmática de expulsión de los jesuitas de 2 de abril de 1767. En ella se incluye el decreto de 27 de marzo en que se formula dicha decisión real que, como tal decreto, se envía a los Consejos de Inquisición, Indias, Ordenes y Hacienda. En el mismo texto del decreto se ordena al Consejo su publicación como pragmática «para que llegue a noticia de todos mis vasallos» y «para su puntual e invariable observancia en todos mis Dominios». *Mercurio* de marzo de 1767.

¹⁹¹ La pragmática de 24 de junio de 1770 recibe en el propio texto el calificativo de Real Cédula: «.. y que no se oponga a la observancia de lo mandado en este mi Real Cédula» (*Mercurio* de junio de 1770).

la publicación y de vigilar el cumplimiento de lo mandado ¹⁹². En el ejercicio de estas funciones, y dada la estrecha relación que ya señalamos entre publicación y observancia, el Consejo en aquellos casos en que resulte necesario ordena: «renovar o recordar por bando en las ciudades y pueblos de vuestra respectiva jurisdicción la declaración de las prohibiciones contenidas en ella, para que todos universalmente se hallen advertidos de su disposición» ¹⁹³. Así pues, cuando se quiere renovar el cumplimiento se renueva la publicación, comunicándose por una Real Provisión cursada por el Consejo, que es el órgano encargado de vigilar su cumplimiento, a las autoridades encargadas a su vez más directamente del mismo.

En dichas normas, pues, de un lado su origen histórico y de otro sus pretensiones de vigencia general en todos los reinos determinan que su publicación sea siempre general, y esto es a su vez una presunción de conocimiento general que tiene también sus excepciones ¹⁹⁴. Y en todas las restantes formas legislativas

¹⁹² Como ejemplos, ver pragmática de 2 de abril de 1767 (*Mercurio* de marzo), y Pragmática de 19 de septiembre de 1783 (*Suplemento a la Gaceta* de 30 de septiembre).

¹⁹³ Real Provisión de 8 de abril de 1786 que ordena recordar el cumplimiento de la pragmática de 6 de octubre de 1771 (*Gaceta* de 12 de mayo). Igualmente, en la *Gaceta* de 11 de octubre de 1729 se da como noticia «de orden del Rey se repitió en esta Villa el día primero de este mismo mes la publicación de la Real Pragmática de 17 de noviembre de 1723 sobre el uso de vestidos, coches y libreas» Y finalmente una Real Cédula sobre caza de 26 de enero de 1772 dirá que «los Corregidores y Justicias Ordinarias del Reyno tendrán cuidado en que esta Ordenanza se publique todos los años en uno de los primeros ocho días del mes de febrero de cada año para su observancia ...». SANTOS SÁNCHEZ, *Extracto puntual de todas las pragmáticas, cédulas, provisiones, circulares, autos acordados y otras providencias publicadas en el reinado del Señor D. Carlos III*, tomo I, Madrid, 1794, p. 240.

¹⁹⁴ Sin embargo, y quizás de forma extraordinaria dada la gravedad del tema, una Real Provisión de 11 de abril de 1767 reconoce que «aunque la Real Pragmática de dos del corriente para el estrañamiento de los Jesuítas se había promulgado con todas las solemnidades correspondientes, y por lo mismo se debían suponer sabidores de su contenido todos los comprehendidos en ella, y sujetos a su decisión y prevenciones: con todo teniendo presente, que a los jesuítas estrañados, sólo se les había hecho saber el Real Decreto de veinteyete de febrero, y que este no contenía muchos puntos que se referían en la Pragmática, cuya contravención podía producir varios efectos explicados en ella misma; y ser justo se

aparecen también esporádicamente mandatos de publicación general.

Pensamos que puede concluirse que los textos determinan en cada caso el tipo de publicación que la norma debe recibir, y que lo hacen en función de lograr «su más puntual observancia y ejecución»¹⁹⁵. Por ello, cuando sea necesario utilizar una publicación general de la norma, comunicada en principio de forma restringida, puede a su vez remitirse a otras formas legales, que son precisamente las que se utilizan para este fin.

En aquellos decretos y reales cédulas, en los que a su vez se ordena la realización de esta publicación general, se incluyen siempre los términos «para que llegue a noticia de todos» o «para que sea notoria», aunque para conseguirlo los métodos utilizados, en definitiva la forma empleada, puedan ser muy distintos. En algunos casos, la norma lleva solamente la indicación de que se proceda a una publicación general, pero sin que se concrete la forma de llevarla a cabo: «Tendréislo entendido para su cumplimiento en la parte que os toca, haciendo notoria, en el modo conveniente esta mi Real declaración para que a todos conste»¹⁹⁶, mientras que en otras ocasiones el texto resulta más explícito: «... haciéndose notorio en Madrid, y Capitales donde residen las Chancillerías y Audiencias en la forma acostumbrada, por medio de Edicto o Vando, de orden de mi Consejo y demás Tribunales superiores; y por los Corregidores en sus respectivos Partidos en la misma forma, para que llegue a noticia de todos»¹⁹⁷.

hallasen enterados los jesuitas de todo con la formalidad debida para lo que hubiese lugar, y evitar qualquier genero de equivocaciones; nos suplicaron fuesemos servido mandar se hiciese notorio el contexto de la citada Pragmática, así a los Jesuitas que hubiesen quedado por vía de Depósito en los Pueblos del Reyno, como a los que se han dirigido a los puertos de Embarcadero, librándose la Provisión correspondiente, cometida a los Justicias y a los Delegados nombrados por el Conde de Aranda, Presidente de nuestro Consejo, para la conducción, a fin de que lo cumpliesen en la forma expuesta». (Mercurio de Mayo)

¹⁹⁵ La causa parece ser la misma que ya señalaba GARCÍA GALLO «... sólo cuando se dirigían a todas las autoridades y particulares o lo dispuesto en ellas afectaba a toda suerte de personas era necesario publicarlas para que llegasen a general conocimiento». *Op. cit.*, p. 641.

¹⁹⁶ Real Decreto de 18 de diciembre de 1788, *Gaceta* de 26 de diciembre.

¹⁹⁷ Real Cédula de 24 de mayo de 1779 (*Mercurio* de noviembre). Otra fórmula: «... y para su puntual observancia y que llegue a noticia de todos hareis se pu-

No obstante, la publicación general tiene también sus grados, que están en estrecha relación con el objetivo del mandato: un indulto deberá fijarse y publicarse «en los parages acostumbrados para que sea notoria»¹⁹⁸, una norma relativa a oposiciones se difundirá por edicto y «se publicará a voz de pregonero y fijará en las puertas de las casas de Ayuntamientos, las de las Universidades donde las hubiere y en los demás sitios y parages públicos»¹⁹⁹.

La difusión geográfica puede, igualmente, ser muy amplia o muy reducida. El real decreto que aprueba la sentencia condenatoria para los que participaron en la rendición de la plaza de Figueras deberá difundirse «sacándose quantas copias fuesen menester para la notoriedad pública, con que debe constar en todos mis dominios de Europa, América, Asia y Africa», amplitud que se justifica por su carácter ejemplificador²⁰⁰, mientras que una Real Cédula concediendo arbitrios a favor de los reales Hospicios de Madrid tendrá una difusión igualmente local: «... y para que llegue a noticia de todos se pongan carteles en cada barrio de Madrid». Ese «todos» resulta en este caso mucho más concreto²⁰¹.

Parece evidente de lo hasta aquí analizado que la ley en este siglo es objeto de publicaciones sucesivas, que pueden a su vez ser restringidas o generales, y que la forma que adopta la norma tiene también algo que ver con esa publicación, además de con las competencias del organismo que la emite. Mucho queda todavía por investigar para conseguir unas conclusiones que precisen en mayor medida estas cuestiones y otras estrechamente relacionadas, como las formas de inclusión de lo nuevamente dispuesto en el derecho vigente para garantizar su futura aplicación, o los

blique por Edictos». Real Cédula de 1 de mayo de 1776 (*Mercurio* de junio). Y otra finalmente: «... y para que esta resolución se haga más notoria así a los empleados como al público dispondrá VS. se imprima, y fixen exemplares de ella en los oficios de Correos en parage donde todos puedan leerla». Real Orden de 25 de octubre de 1786 (*Gaceta* de 27 de octubre)

¹⁹⁸ Real Cédula de 16 de enero de 1789, *Gaceta* de 23 de enero

¹⁹⁹ Edicto de 28 de febrero de 1770, *Mercurio* de marzo.

²⁰⁰ Real Decreto de 4 de enero de 1799, *Gaceta* de 11 de enero.

²⁰¹ Real Cédula de 25 de febrero de 1770, *Mercurio* de marzo.

métodos utilizados para realizar los envíos de normas, de los que ya algo sabemos ²⁰².

Sobre estas cuestiones, además de sobre las ya tratadas, resulta ilustrativa una real cédula de 3 de marzo de 1769, que por su objeto, establecer la veda anual de caza y pesca, debe conseguir un conocimiento general, y que además se reproduce en el «Mercurio» acompañada de la circular por la que el Consejo Real comunicaba las disposiciones por él expedidas ²⁰³.

El texto resulta un compendio de varios de los asuntos examinados, y de alguno que queda por examinar: «... que luego que recibáis esta mi Real Cédula, hagaís se publique en la respectiva Capital o Cabeza de Partido de su comprehensión, dirigiéndola por el Correo, sin gasto de veredas, como está prevenido por el mi Consejo en cuanto a Ordenes circulares, por evitar gastos de los Pueblos, fijándose los correspondientes Edictos, para que llegue a noticia de todos, y no se pueda alegar ignorancia, disponiendo, que el Escribano de Ayuntamiento de cada pueblo ponga copia auténtica de esta mi Real Cédula en el Libro de Acuerdos de él y fé de haberlo hecho saber a sus Capitulares, y publicándose como va expresado, remitiendo Testimonio al mi Consejo en el preciso término de un mes, contando desde el recibo de esta mi Real Cédula». Pero además, y dada la materia que se regula, en la circular enviada se dirá también que en los años sucesivos «deberá hacerse semejante publicación para su observancia» ²⁰⁴.

Los datos no pueden ser más completos en relación a la problemática tratada con anterioridad, e incluye una cuestión que nos parece interesante destacar por su relevancia y por la carencia de datos al respecto en este período, y que se menciona normalmente en los textos de publicación general: «y para que llegue a noticia de todos y no se pueda alegar ignorancia...» Ya algo hemos dicho en relación al primer término. Fijémonos ahora en el segundo. Si conseguir el cumplimiento de lo mandado deter-

²⁰² BERMEJO CABRERO, J. L., «La circulación de disposiciones generales por el método de veredas en el Antiguo Régimen», *AHDE*, 1983, pp. 603-609; y SOLÉ y COT, S.: «La comunicació de les ordres pels corregidors als pobles del principat de Catalunya sota el regim de la Nova Planta». *AHDE*, 1985, pp. 783-791.

²⁰³ CABRERA BOSCH, pp. 233 y 234.

mina el tipo de publicación, cuando la necesidad de un conocimiento general lleva a utilizar formas de publicación que lleguen a noticia de todos, éstas llevan consigo una presunción de conocimiento que evita la alegación de ignorancia.

Los conceptos usados son significativos: «... y para que llegue a noticia de todos, y ninguno en caso de contravención pueda alegar ignorancia, se manda fixar el presente edicto»²⁰⁵, o bien «... y para que llegue a noticia de todos se manda publicar este bando, y que se fixe en los sitios más públicos de esta Corte, para que nadie pueda excusarse por su ignorancia»²⁰⁶, o finalmente «... para que lo tengan entendido y se haga notorio entre los vecinos y moradores de sus respectivos distritos, cumplan exactamente quanto en él se previene con el zelo, actividad y vigilancia a que están todos obligados, y no aleguen después ignorancia en la aplicación de las penas que señala y quiero se opongán irremisiblemente a los omisos y contraventores»²⁰⁷. Si se pretende que una norma se cumpla por todos los súbditos, resulta necesario establecer una presunción de conocimiento general, unida a la realización de publicaciones igualmente generales, que evite que el mismo pueda sustraerse a su fuerza vinculante.

La cuestión de la alegación de ignorancia aparece normalmente mencionada en todo tipo de normas con publicación general²⁰⁸, y esa insistencia de los textos nos está demostrando que todavía en este siglo, y no solamente en España, resulta posible alegar ignorancia de la ley²⁰⁹, fundamentalmente ante la imposición de penas.

²⁰⁴ *Mercurio* de marzo de 1769.

²⁰⁵ Edicto de 23 de junio de 1808, *Gaceta* de 24 de junio; y términos muy similares en el Edicto de 11 de abril de 1796, *Gaceta* de 17 de junio.

²⁰⁶ Bandos de 16 y 23 de septiembre de 1766, sobre prohibición de rifas y de pedir limosna, *Mercurio* de septiembre. Y bando de 23 de octubre de 1783, *Gaceta* de 28 de octubre y *Mercurio* de octubre.

²⁰⁷ Real Decreto de 18 de octubre de 1794, *Gaceta* de 28 de octubre.

²⁰⁸ Como ejemplo « . y mando asimismo que esta mi Carta se publique en la forma acostumbrada para que llegue a noticia de todos, y no se pueda alegar ignorancia» Pragmática de 16 de septiembre de 1784, *Gaceta* de 5 de octubre

²⁰⁹ « . Y para que ninguno pueda alegar ignorancia será impresa, publicada y distribuida en esta ciudad y en todo el Estado». *Ley de Venezia sobre amortización* de 10 de septiembre de 1767, *Suplemento a la Gaceta* de 20 de octubre

Aunque D'Atena considere que es un asunto típico del iluminismo ²¹⁰, quizá porque posiblemente en este tiempo adquirió especial relevancia, el principio por el cual ninguno puede ser vinculado por normas que no haya tenido la posibilidad de conocer está tradicionalmente recogido en la normativa castellana. Sin embargo, y ésta es una afirmación que surge de la lectura de dichas normas, y por tanto necesitada de mayores precisiones que sólo una investigación monográfica podrá aportar, en el período histórico a que nos estamos refiriendo, parece haber sido utilizada con mayor amplitud que en períodos anteriores. En concreto, determinadas normas de la «Novísima Recopilación» parecen no dejar lugar a la alegación de ignorancia ²¹¹, y también en las Partidas se reduce mucho la posibilidad de evitar la imposición de las penas previstas en las leyes, que es la consecuencia que mencionan con más frecuencia los textos analizados, tras afirmar como principio general que «escusar no se puede ninguno de las penas de las leyes por decir que las non sabe», aunque se será más flexible en materias civiles ²¹².

El planteamiento de los autores parece ser distinto. Fray Luis de León, basándose en doctrina del derecho común, entiende que «la ley no es regla para quien la ignora» ²¹³. Y Suárez dirá que «de hecho no vincula a quienes no la conocen» ²¹⁴. Queremos con esto únicamente señalar la cuestión, en la certeza de que la preocupación de los textos por evitar la alegación de ignorancia debe responder a un problema cierto, ya que las dificultades para que la ley llegase a noticia de todos repercutían directamente en el cumplimiento de la ley, y en definitiva de la voluntad real.

10. PUBLICACION Y OBLIGATORIEDAD

La afirmación de Suárez, anteriormente citada, se produce dentro del apartado dedicado a examinar cuándo comienzan a

²¹⁰ D'ATENA, p. 160.

²¹¹ Leyes 1 y 2, tít 2, lib 3.

²¹² Leyes 20 y 21, tít 1, Partida 1.

²¹³ *Op. cit*, p. 38.

²¹⁴ *Op. cit*, 3-17-13

obligar las leyes. El autor considera a la ley promulgada como «una ley completa que cumple todos los requisitos para obligar» y que, por tanto, «empezará a obligar desde el momento en que simplemente se aprueba o ha sido promulgada»²¹⁵, para matizar después esta afirmación distinguiendo entre entrada en vigor y obligatoriedad: «... una ley promulgada de manera suficiente y sin condicionamiento... aunque entre en vigor inmediatamente no obliga al mismo tiempo y desde el mismo instante en todo el territorio para el que se da, sino de forma sucesiva y en plazos moralmente suficientes para que el conocimiento de la ley y su promulgación se difunda por todo el territorio»²¹⁶.

Resulta significativa esta distinción entre entrada en vigor y obligatoriedad y ello dará pie para aportar a través de los textos algunos datos sobre el momento en que la ley comienza a obligar.

Si atendemos al concepto de publicación que hemos deducido de dichos textos, por el cual promulgación y publicación serían conceptos identificables, ya que la ley se perfecciona por la exteriorización de la voluntad real, y esto lleva siempre consigo la necesidad de una declaración pública, por lo que ambos conceptos aparecen siempre confundidos en el mismo acto, esto y el absolutismo del poder real nos llevarán a afirmar que la ley está vigente desde el momento en que tal declaración de voluntad tiene lugar. Ahora bien, desde el punto de vista de la obligatoriedad de la ley, ésta deberá subordinarse al momento en que dicha publicación pueda ser conocida. De ahí la importancia de la alegación de ignorancia y la presunción de conocimiento que se otorga a las publicaciones generales, como vimos en el apartado anterior.

Así pues, junto a un concepto de publicación como exteriorización de la voluntad real, existe otro concepto de publicación unido a la idea de divulgación de una norma ya vigente, y que tiene igualmente efectos jurídicos en cuanto que condicionan la obligatoriedad y la exigencia de responsabilidad que pueda derivarse de incumplimiento²¹⁷. En relación a estos conceptos podemos decir con Suárez que la ley se ha perfeccionado con su exteriori-

²¹⁵ *Op cit.*, 3-17-2.

²¹⁶ *Op cit.*, 3-17-6.

²¹⁷ Resulta, a nuestro juicio, claro que esta concepción subyace en la existencia del principio castellano «obedézcase pero no se cumpla».

zación pública, y entra por tanto en vigor inmediatamente «a no ser que se exprese otra cosa en la propia ley»²¹⁸.

En el caso de que la propia ley lo establezca, la cuestión resulta sencilla, pero sin embargo en los restantes casos la determinación resulta compleja, dado que además las formas de la ley en este período se contenían unas a otras.

Examinando en primer lugar este problema en las pragmáticas, recordaremos el dato ya expuesto de que la de 2 de abril de 1767 contenía el decreto de expulsión de los jesuitas de 27 de marzo, que como norma en vigor fue comunicado a los interesados²¹⁹, que dicha pragmática tenía a su vez una fecha de emisión y que es posible que la misma no coincida con la de su publicación, ya que en todas ellas se dirá: «que ha de tener su puntual ejecución desde el día que se publique en Madrid, y en las Ciudades, Villas y lugares de estos mis Reynos, en la forma acostumbrada»²²⁰. En este caso habría que concluir que la fecha de publicación en los determinados lugares posibilita su exigencia en los mismos, por lo que los momentos podrían ser distintos. No obstante, en algunas ocasiones aunque en el propio texto de la pragmática se afirme que la fecha de publicación determina la de ejecución, es posible establecer en el mismo moratorias para la vigencia de lo mandado²²¹.

Si en la pragmática la conclusión es unitaria, en las restantes formas legales la diversidad es absoluta. Atenderemos más a la materia que a la forma, puesto que en este caso resulta condicionante de la decisión del legislador. Y nuestra primera afirmación es que el legislador tiene libertad para establecer soluciones diversas en aquellos asuntos que por exigir determinadas actuaciones del súbdito habíamos concluido que necesitaban de una publicación general. Escojamos como ejemplo una materia que ne-

²¹⁸ *Op. cit.*, 3-18-8.

²¹⁹ Ver nota 194.

²²⁰ Por ejemplo, la Pragmática de 24 de junio de 1770 se publica en Madrid el 4 de julio *Mercurio* de junio.

²²¹ Entre otros casos similares, la pragmática anteriormente citada, que prohíbe la introducción y uso de muselinas en el reino, concede el término de dos años «contados desde el día de la publicación, para el consumo de las que estuvieran ya en uso particular».

cesariamente debe fijar una fecha de eficacia: el indulto. Y nos encontraremos con soluciones variadísimas, y con formas legales para establecerlo igualmente variadas.

De los dos publicados el 16 de enero de 1789, uno será cédula y el otro decreto, o al menos así se incluyen en la «Gaceta». En la cédula, pese a que se manda fijar en los parajes acostumbrados para que sea notoria, es la fecha de emisión la que determina el plazo para los de dentro y fuera del reino, excepto para los de América y Filipinas, para los que «deberá entenderse el indulto desde la publicación en aquellos dominios». En el caso del decreto será igualmente su fecha de promulgación, aunque el plazo de cuatro meses desde esa fecha, dado para los que estuviesen en la península, se aumenta a un año para los residentes en América ²²².

En estos casos pues, se parte bien de la fecha del texto, bien de la fecha de difusión en un lugar determinado. Otra posibilidad es la del indulto de 22 de febrero de 1765, cuyos plazos contarán desde el 1 de marzo, con total independencia pues de promulgación o publicación ²²³. Y otro expedido por decreto de 8 de febrero de 1796 empieza a regir desde esa fecha, pero alude a otro de 24 de diciembre de 1795 que debía contar «desde el día de su recibo en las Capitanerías generales», lo que demuestra que los derechos del súbdito no eran en absoluto determinantes ²²⁴.

Por último, aunque referido a otra cuestión, una Real Cédula de 25 de marzo de 1783 sobre vagabundos establece un plazo para que estos se avecinen, que debía contar «desde la publicación del Bando o Edicto que se ha de fixar por las Justicias para que así lo cumplan» ²²⁵. La libertad de la voluntad del legislador es pues evidente.

Pero habrá también muchas otras materias en las que será necesario precisar una fecha concreta a partir de la cual producirá la ley sus efectos. Y entre ellas hemos escogido unos textos significativos relativos a la regulación del matrimonio, que tienen en

²²² *Gacetas* de 23 y 27 de enero de 1789. Otro indulto de 3 de abril de 1793 contará «desde el día de la publicación de este decreto en las capitales.. », *Gaceta* de 9 de abril y *Mercurio* de abril.

²²³ *Gaceta* de 5 de marzo de 1765. En este caso, no se menciona su forma legal

²²⁴ *Gaceta* de 4 de marzo de 1796.

²²⁵ *Gaceta* de 11 de abril de 1783.

común, además de la materia, el que fueron necesarias precisiones posteriores al tema de la vigencia, y que por ello resultan especialmente ilustrativos.

En el primero de los dos casos que examinaremos, un decreto de 10 de abril de 1803, incluido como tal en la «Gaceta», y que se publicará como pragmática de 28 de abril, aquél establece claramente que debe afectar a «todos los matrimonios que a la publicación de esta mi real determinación no estuvieron contraídos»²²⁶. La interpretación de esta cuestión da lugar a una real orden que dice: «Para evitar las dudas que se han suscitado sobre la inteligencia del Real Decreto de 10 de abril último por el qual se prescriben las reglas que han de observarse en la celebración de los matrimonios, acerca de los negocios pendientes o executoriados al tiempo de la publicación del citado real decreto, ha resuelto el Rey que rija este para que sólo aquellos, sean de esponsales o disendo, que sustanciaren después de aquella fecha; pero que los negocios que estuvieren executoriados o pendientes, sean de disenso o de esponsales, antes de ella, se gobiernen, substancien y determinen por las Cédulas y órdenes que gobernaban hasta entonces»²²⁷.

La interpretación no resulta fácil, porque del texto de la real orden podría entenderse que la frase «al tiempo de la publicación del citado real decreto» guarda relación con la pragmática a la que el mismo da lugar, vinculándose entonces su eficacia a dicha publicación en los lugares acostumbrados, lo que llevaría a fechas diferentes según las capitales. Nos inclinamos, sin embargo a pensar que es la del propio decreto y ello por dos razones. La falta de alusión en la real orden a la pragmática y la fórmula que establece el propio decreto. Creemos que ésta hace referencia a la fecha en que la real voluntad se manifiesta, porque eso es lo que dicen los términos que utiliza. Lo que sucede es que esta interpretación lleva a que una norma, que tiene además una publicación general a través de la pragmática, pueda ser eficaz con anterioridad a la misma. Ello parece guardar relación con nuestra afirmación de que la ley se perfecciona tras la manifestación de

²²⁶ *Gaceta* de 26 de abril. Como pragmática en *NR*, L 18, tít. 2, lib. 10

²²⁷ Real Orden de 26 de mayo de 1803. *Gaceta* de 24 de junio.

la voluntad real y además la cuestión se refleja con mayor claridad en el texto que examinaremos a continuación: una circular de 14 de abril de 1804 sobre la abolición del régimen de gananciales utilizado en Córdoba, que incluimos por su interés ²²⁸:

«Con fecha de 6 de marzo de 1802 se comunicó circularmente la resolución tomada por S. M. a consulta del Consejo, en que tuvo a bien abolir la costumbre que había gobernado hasta entonces en la ciudad de Córdoba de que las mugeres casadas no tuviesen parte en los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, y mandar que la ley general de la participación de las ganancias en los matrimonios fuese extensiva a las mugeres de todo aquel reyno, segun y como se practica en los de Castilla y León. De resultas de esto se ocurrió a S. M. manifestando las dudas y pleytos que podían suscitarse sobre la inteligencia de dicha resolución, y pidiendo se sirviese declarar si la particiación de ganancias a las mugeres cordobesas debía entenderse sólo en los matrimonios celebrados después de su circulación; si era extensiva a los contraidos en tiempo en que se hallaban privadas de este beneficio; o si en este caso deberían ser propias del marido las ganancias habidas hasta el tiempo en que se publicó la ley, y partibles desde esta época hasta el día de la disolución del matrimonio. Esta representación se remitió de orden del Rey al Consejo para que expusiese su dictamen; y habiéndolo executado en consulta de 17 de diciembre del año próximo con inteligencia de lo propuesto por los tres Señores Fiscales, por Real resolución a ella, que fué publicada en 12 de enero último, conformándose S. M. con el parecer del Consejo, y teniendo presente que la expresada Real determinación no es derogatoria de alguna ley, fuero o costumbre racional anterior, sino declaratoria de un derecho de que sólo han estado privadas las mugeres cordobesas por una supuesta costumbre, o más bien pernicioso abuso, se ha servido declarar que comprehende, no sólo los matrimonios contraidos después del 28 de mayo de 1801 en que se publicó en el Consejo, sino también todos los celebrados antes de aquél día y que subsistían en él; pero con exclusión de los que se hubiesen disuelto antes de aquella época, por evitar los inconvenientes que producirían la extensión de ellos. Lo que participo a V. etc.».

²²⁸ *Gaceta* de 1 de mayo de 1804.

Sobre dicho texto, y en relación también con el anterior que-remos señalar que mientras que las dudas que se consultan parten de la consideración de la fecha de circulación de la norma, 6 de marzo de 1802, la real resolución sobre el asunto la adelanta el 28 de mayo de 1801, que es la de publicación de su voluntad en el Consejo.

Hasta aquí tendríamos una similitud con el texto anterior, la eficacia a partir de la declaración de voluntad real, lo que entra dentro de la normalidad. Y la coincidencia también de que en los dos casos hay normas posteriores, una pragmática y una circular respectivamente que se dan precisamente para comunicar dicha resolución real, y cuyas fechas no resultan condicionantes.

Pero además, en este segundo texto, la eficacia de la norma es anterior incluso a la fecha de declaración real, en cuanto que afectará a todos los matrimonios que, aunque celebrados con anterioridad, subsistan en dicha fecha de 28 de mayo de 1801, pese a que tal aclaración no se hace hasta el 14 de abril de 1804. Y para justificar el hecho se alegará su carácter de norma declaratoria de un derecho y no derogatoria de ley anterior.

Esta distinción se encuentra también en Suárez, que califica la ley de declarativa si «como tal no crea derecho, sino que declara lo que se debe hacer o no hacer conforme a otro derecho anterior» y constitutiva cuando «crea un derecho nuevo», considerando al igual que el texto incluido que «la ley declarativa en función de sus propias características, abarca no sólo los actos futuros, sino también los pasados»²²⁹.

Los dos textos reproducidos nos confirman en nuestra tesis de que la declaración de voluntad real determina la existencia de la norma y su eficacia, con independencia de que su obligatoriedad en determinadas materias, y especialmente en los casos en que su incumplimiento lleve consigo la imposición de una pena, esté subordinado a que la norma se haga notoria, que llegue a noticia de todos²³⁰.

²²⁹ *Op. cit.*, 3-14-1 y 2

²³⁰ REVEL, aunque refiriéndose a tiempos más cercanos, vincula la fuerza ejecutiva a la promulgación, y la obligatoriedad a la publicación, entendiéndose que ésta debe hacer conocer su carácter ejecutivo y determinar el momento en que es exigible a los interesados, y mencionando la posibilidad de alegar ignorancia, aunque sin extenderse sobre ello. *Op. cit.*, pp. 131, 181, 188 y 199.

Y como breve conclusión diremos que la inclusión de normas en la «Gaceta» responde durante el siglo XVIII a una mera publicación de hecho, sin relevancia jurídica, al mismo concepto difusor que aconsejaba imprimirlas y venderlas en determinadas librerías, sin olvidar también la pretensión publicística de crear una opinión pública favorable, más evidente en determinados reinados.

Después, ya a principios del XIX se equiparará dicha publicación con los restantes medios utilizados para difundir la voluntad real, que posibilitaban la exigibilidad de la misma, en cuanto que a su realización se subordinaba una presunción de conocimiento general que evitaba la alegación de ignorancia.

Tendremos, por tanto, durante el siglo objeto de nuestro estudio una promulgación-publicación en estrecha relación con la existencia y eficacia de la norma, y una publicación-difusión en estrecha relación con su observancia y obligatoriedad. Lo que importa no es atender derechos del súbdito, sino conseguir el cumplimiento de la voluntad real. Y ese cumplimiento es la medida de la publicación que se realiza, y de la forma que ésta adopta. La publicación-manifestación tendrá sus propias formas legales, la publicación-difusión también.

La expresión «S. M. ha publicado en el Consejo y mandado publicar», tan frecuente en la «Gaceta», adquiere así su verdadera dimensión.

RAQUEL RICO LINAGE

Profesora Titular de Historia del Derecho

Facultad de Derecho de Jerez

Universidad de Cádiz

ACERCA DEL 'AMAL EN AL-ANDALUS: ALGUNOS CASOS CONCRETOS

Por mor de la claridad, colocar los hechos en el contexto adecuado y con vistas al logro de una correcta comprensión, empezaremos por definir lo que se entenderá por '*amal*. A continuación se dará una visión sinóptica del derecho musulmán que permita ubicar ciertas prácticas judiciales y, finalmente, analizar los datos conservados en determinado tipo de fuentes.

DEFINICIONES

El '*amal* es vertido por «*commune pratique*» en el *Supplément* de Dozy; es el «*judicial practice*» para Schacht ¹, «*practica fori*» y «*praxis legal*» en Santillana ², «*practice of the courts*» para Wakin ³. Resulta, pues, evidente que para dichos autores estamos ante uno de los aspectos del *uso*. Algunos lo restringen a sentencias, mientras otros lo extendían a todos los campos de la actividad humana. Caso en el cual se superpondría la práctica '*amal* con el '*urf*, '*ādā*/el uso, la costumbre.

Esto permite introducir, en un derecho de origen divino, el correctivo de la adecuación a la realidad local ⁴. Basándose en la norma de la utilidad/*istiṣlāḥ*, que se justifica con la mira por el bien público/*maṣlaḥa* (es el viejo concepto de *utilitas publica* del derecho romano) o mediante la preferencia jurídica/*istiḥsān*. Par-

¹ *An introduction to Islamic law*, Oxford, 1964, p. 61

² *Istituzioni di diritto malchita* ., Roma, 1926-1938, I, 50.

³ *The function of documents in Islamic law* ., New York, 1972, p. 14

⁴ Cf. *E I* ₂, s v '*amal*, *istiṣlāḥ* e *istiḥsān*, véase también LÓPEZ ORTIZ, J., «*Fatwas granadinas*», *Al-Andalus*, 1941, VI, pp. 73-127. Otro tanto opinaba, a fines del siglo XII/XVII, el teólogo egipcio AL-ZURQĀNI (apud GOLDZIEHER, I, *Le dogme* ., p. 217). Posición adoptada también por CHELHOD, J., *Le droit dans la société bédouine. Recherches ethnologiques sur le 'orf ou droit coutumier des Bédouins*, Paris, 1971.

tiendo de este principio se llega a enunciar la siguiente regla: «Cuando un uso es el vigente, tanto el *qāḍī* como el *muftī* se apartarán de la normativa generalmente admitida/*mašhūr*, para amoldarse a los preceptos locales «anómalos»/*šadd*⁵. Ello, siempre que lo requieran las circunstancias/*muğibāt*: tales como los cambios sufridos por el uso/*urf*, el que sea de manifiesta utilidad o erradique un abuso, ya que la praxis/*amal* requiere la existencia de la causa que la ha originado. En consecuencia, la praxis varía según los países y, dentro de una misma comarca, con el transcurso del tiempo»⁶. Norma que —de no venir redactada en árabe— parecería glosa del «*corrige jus propter utilitatem publicam*».

CÓMO Y DONDE SE ARTICULA EL 'AMAL CON EL «DERECHO ESCRITO»⁷

Aparte, o coexistiendo con la Ley, con la *šarī'a*, siempre estuvo el *uso*. Este resulta especialmente importante en lo referente a mercaderes, a los hombres de negocios, que continuaron siguiendo las normas locales, con frecuencia preislámicas.

Ahora bien, existe un punto donde han de coincidir —cuando menos formalmente— el '*amal* y la *šarī'a*. Esto es cuando una discusión obliga a llevar el asunto ante un tribunal. Lógicamente, la coincidencia o superposición estará en relación directísima con la cuantía del asunto. Por tanto, desde muy pronto, habrá un intento de dar *formulación* jurídicamente ortodoxa a los contratos y transacciones económico-comerciales, de cierta importancia. Los mismos juristas, que trataron de adecuar teoría y práctica, islamizaron y «legalizaron» estos contratos comerciales. Parte por instintiva deformación profesional y parte a petición de los mismos interesados, deseosos de evitar posibles rechazos por «invalidez» y por divergencia de opinión⁸.

⁵ Sobre este principio, véase 'ALI AL-ZAOQAQ (m 1507), *Lāmiyya* 'ABD AL-RAHMĀN B 'ABD AL-QĀDIR AL-FĀSI, *al-'Amaliyyāt al-Fāsiyya*; QASIM AL-FILĀLI AL-SIĞILMĀSI, *al-'Amaliyyāt al-āmma*

⁶ Cf. ASIMISMO, SANTILLANA, D, *Istituzioni*. I, 50, MILLIOT, T, *Recueil de jurisprudence chérifienne*, París, 1952, vol IV, V-XIX y, BERQUE, J, *Essai sur la méthode juridique maghregine*, Rabat, 1944

⁷ Para lo esencial, me permito remitir a «La sumisión de Zaragoza», *A H D.E*, 1975, cuya exposición sigue siendo válida

⁸ Cf. SCHACHT, J., «*Ikhṭilāf*», en *E I* 2 III, 1088-1089

Por tanto cabían, históricamente hablando, dos posibilidades jurídicas:

a) Legalización del 'amal, sometiéndolo a la jurisdicción y competencia ordinaria del *qāḍī*, tal fue lo que ocurrió con el «uso de Córdoba» y el 'amal *al-fāsi*⁹.

b) Conservación y desarrollo autónomo del *uso*, que engendrará su propia jurisdicción especial; caso del tribunal de las aguas, del gobierno del zoco, etc.

Ambas soluciones serán adoptadas en la práctica. También darán lugar a dos tipos de «literatura», correspondientes a distintos grupos socio-económicos. El *establishment* seguirá, cuando menos desde el punto de vista formal, normas. Realizará sus actividades dentro del molde jurídico del *fiqh*, del «derecho». La gente menuda, el pueblo, ignorará este derecho y vivirá en términos de 'urf y 'amal, de uso y costumbre. Jurisdicciones asimismo no sólo distintas y separadas sino estancas. El pueblo, los artesanos (*ahl al-ḥirāf*) y los tenderos (*bā'a, sūqa, ahl al-aswāq*) no conocen de leyes ni disponen de los medios suficientes para retribuir «escrituras» ni letrados. No conocen más que aquello que se viene haciendo desde siempre: el uso, la costumbre del lugar ('urf, 'ādat). Se mueven dentro de una jurisdicción estrictamente usual y, por tanto, cambiante según los países y épocas. Sus pleitos, frequentísimos y de poca cuantía, han de ventilarse «sumariamente, y de plano, como le parecerá al almotacén, sin guardar solemnidad loral ni judicial». Comparecen ante un juez especial. Este no aplica leyes, sino usos; en una jurisdicción donde prácticamente se superponen delito, denuncia, prueba, fallo y pena. Jurisdicción asimismo limitada a «asuntos de menor cuantía y diferencias que surgen en los zocos»: el «gobierno del zoco» o *ḥisbat al-sūq*. Consecuentemente, ello no puede dar lugar a codificaciones, sino a *descripciones* del uso en tal lugar y tal fecha¹⁰.

⁹ Cf la bibliografía mencionada s.v 'amal en E.I.₂

¹⁰ Tal es lo que ocurre con las obras de «policía del mercado» *ḥisbat al-sūq*. Por orden cronológico, nos han llegado las obras andalusíes de YAHYÁ B 'UMAR (*Kitāb ahkām al-sūq*, ed. M. Makki en *R I E.I*, IV (1956), pp. 59-152; nueva edición con variantes por F. DACHRAOUI, Túnez, 1975, trad. española en *Al-Andalus*, XXII [1957], pp. 253-316) IBN 'ABD AL-RA'ŪF (*Risāla fi ādāb al-ḥisba*, ed. E. Lévi-Provençal, Cairo, 1955; trad. francesa en *Hespéris-Tamuda*, I [1960], pp. 5-38, 199-214,

Los hombres de dinero, sean mercaderes (*tuġġār*) o «capitalistas» (*rāsmāliyyūn*), los que manejan grandes cantidades y valores, necesitan cubrirse. Garantizar la legalidad de transacciones, numéricamente importantes, pero no muy frecuentes. Para ello recurrirán a hombres de leyes, a notarios¹¹. Sus asuntos no se ventilan en la calle; se resuelven mediante juicios escritos, procuradores, peritajes, pruebas, documentos, testimonios, etc., ante el tribunal del cadí.

Estos documentos¹² —que han de ser jurídica y formalmente irreprochables— reciben el nombre de *šurūṭ* en Oriente y de *waṭā'iq* en Occidente. Más que contratos jurídicos constituyen «instrumentos declarativos». Son redactados por «notarios» que han de ser *legal advisor* de sus clientes, no tanto para evitarles incorrecciones que invalidarían el documento, como para advertirles de todas las consecuencias de la transacción. Desde muy pronto, ello provoca la aparición de *coleccionas de formularios* concebidos para uso de los notarios profesionales. Contienen modelos

365-375), IBN 'ABDŪN (*Risāla fīl-qadā' wal-hisba*, ed E. Lévi-Provençal, Cairo, 1955, traducción española de E. García Gómez, *Sevilla a mediados del siglo XII*, Madrid, 1948) y AL-SAQATĪ (ed G. S. Colin y E. Lévi-Provençal, *Kitāb fī ādāb al-hisba* París, 1931, trad. y estudio en *Al-Andalus* XXXII [1967], pp. 125-162, 359-398; XXXIII [1968], pp. 143-195, 367-434). Para una visión de conjunto de dicha institución, véase «El gobierno del zoco en al-Andalus», *R.U.M.*, XXI (1972), estudio pormenorizado, con biografía exhaustiva y comparación con otras áreas culturales en *El «señor del zoco» en España, edades media y moderna contribución al estudio de la historia del mercado*, Madrid, 1973

¹¹ Cf. KHOURY BÉCHARA AL, *Essai sur la théorie des preuves en droit musulman*, Beirut, 1926, NORÈS et POMMEREAU, *Étude sur la preuve par écrit d'après le droit coranique*, Argel, 1913, PESLE, O., *La judicature, la procédure, les preuves dans l'Islam malékite*, Casablanca, 1942, TYAN, E., *Le notariat et le régime de la preuve par écrit dans la pratique du droit musulman*, Beirut, 1945, así como los artículos de BRUNSCHVIG, R.; HAMIDULLAH, M.; ROUSSIER, J.; GÖKBILGIN, T., y GRIGNASCHI, M., en *Rec. Soc. J. Bodin, La preuve*, XVII (1963) pp. 169-323 WAKIN, J. A., *The function of documents in Islamic law*, New York, 1972

¹² De los documentos redactados en la España musulmana —especialmente contratos de cesión y compra-venta— tenemos bastantes muestras en A. GONZÁLEZ PALENCIA, *Los mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII* Madrid, 1926-1930; para la época nasri, cf. L. SECO DE LUCENA, *Documentos arábigo-granadinos*, Madrid, 1961. A ello se pueden sumar los múltiples documentos de diversa índole recogidos en el *Mi'yār* del Wanšarīšī. Para una bibliografía más completa del tema, cf. «Un formulaire notarial . glanes économiques», *R.I.E.E.I.M.*, 1985-1986, XXIII, página 184, núm. 11.

de contratos, legalmente correctos y conformes hasta en los más pequeños detalles, destinados a cubrir todos los casos posibles. Inclusive, apurando el símil, se les puede considerar como meros impresos a rellenar.

Dado que la escuela jurídica mālikí (que prácticamente monopolizó al-Andalus) no admite sino muy escasamente el uso de «argucias legales» o *ḥiyal*¹³ sus adeptos se vieron obligados a prestar especial atención a dichos formularios. De estos formularios andalusíes¹⁴ —alguno muy voluminoso— nos han llegado los de: Ibn al-'Aṭṭār (m. 399/1008), Ibn Muḡīṭ (m. 459/1066), al-Būntí (m. 462/1070), Ibn Faṭḥūn (m. 505/1111), al-Ġazīrī (m. 585/1189) e Ibn Salmūn (m. 767/1365).

Aparte de estos formularios para notarios *šurūt*, *waṭā'iq*, existen otros, destinados a cubrir el abanico de documentos elaborados durante la vista de un proceso. Son los *maḥādir*/ reflejo de todo lo actuado y redactados por el secretario, los *siġillāt*/ escritos emitidos por el *qāḍī* y, finalmente, los *aḥkām*/ sentencias¹⁵.

¹³ Sobre dicho concepto y literatura, cf. *E.I.* 2, s.v. El propio Ibn al-'Aṭṭār (*Waṭā'iq*, p. 180), al describir los problemas que engendra jurídicamente el que una finca esté gravada con el *ṭabl*, daba una buena argumentación contra las «argucias»

¹⁴ Véase «Sources pour l'histoire socio-économique d'al-Andalus essai de systématisation et de bibliographie», *Annales Islamologiques*, 1984, XX. Han sido brevemente analizados en «De historia hispano-musulmana..», *R.U.M.*, XX (1972), pp. 156-160

¹⁵ De especial importancia, tanto absolutamente como por versar sobre al-Andalus, es la obra del cordobés IBN SAHL (m. 486/1093) Este *Kitāb al-a'lām bi-nawāzil al-aḥkām* (también conocido por *Dīwān al-aḥkām al-kubrā*) fue redactado entre muḥarram 472 y muḥarram 473, constituye buena muestra del interés que reviste este género tanto para lo jurídico-procesal como para lo económico-social de una época. Tras un título general, da un documento (generalmente muy concreto y circunstanciado), explicando su contenido, dando la opinión de los jurisconsultos acerca del asunto, aduciendo la oportuna bibliografía, anotando finalmente su propio parecer. Ha sido objeto de una T.D. por parte de N. NAĞĠAR, *Al-Aḥkām al-kubrā de Ibn Sahl. Edición crítica y estudio*, Madrid, 1974. Existen ediciones parciales. AZEMMOURI, T., «Les Nawāzil d'Ibn Sahl. Section relative à l'*iḥtisāb*», *Hesperis-Tamuda*, 1973, XIV, pp. 7-107, MUH. 'ABD AL-WAḤḤĀB ḤALLAF, *Waṭā'iq...*, Kuwait, 1980.

LAS MAGISTRATURAS

Ibn Sahl, el autor de los *Aḥkām*¹⁶ daba la siguiente clasificación: «Has de saber que las causas/*aḥkām* se ven ante seis magistraturas. Son aquéllas desempeñadas por los siguientes cargos. En primer lugar [vienen] los jueces, de los que el *qāḍī al-ḡamā'a* tiene la preeminencia. Le siguen la *šurṭat al-kubrā*, *al-wuṣṭā* y *al-ṣuḡrā*; el juez de las injusticias/*šāḥib al-maḏālim*, el juez de las apelaciones/*šāḥib al-radd* (similar al zabasorta, recibiendo la denominación de *šāḥib al-radd* por cuanto ante él se elevan los recursos contra las sentencias), el zalmedina/*šāḥib al-madīna* y el zabazoque/*šāḥib al-sūq*»¹⁷.

Dado que los formularios notariales como los de Ibn al-'Aṭṭār¹⁸ e Ibn Mugīṭ coincidían con esta relación, la podemos utilizar como reflejo de la realidad histórica. Metodológicamente hablando, si existieron seis magistraturas, tenemos otros tantos campos donde —teóricamente— cabe rastrear alusiones a la práctica foral y a jurisprudencia. Al ir analizando cada categoría, veremos qué áreas han dejado referencias que hayan llegado hasta nosotros.

EL QĀDĪ

La judicatura/*qāḍā'* ha sido objeto preferente de la atención de los autores arabo-musulmanes y de los investigadores occidentales, produciendo buenos análisis de dicha institución¹⁹. Razón que hace un tanto superfluo volver a tratarla aquí, por lo que nos ceñiremos exclusivamente a las restantes magistraturas.

¹⁶ Cf nota anterior

¹⁷ Texto árabe en la *Marqaba al-'ulyā* (p 5) de AL-NUBĀHĪ, había sido traducido y analizado por Bruno, H, et Gaudefroy-Demombynes M, *Le livre des magistratures d'el Wancherisi*, Rabat, 1934, pp 8-9

¹⁸ *Kitāb al-waṭā'iq wal-siḡillāt*, ed Chalmeta P y Corriente F, Madrid, 1983. Sobre estas obras andalusíes, cf supra nota 14

¹⁹ Véase TYAN, E, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, Leiden, 1960, pp 17-429

EL SĀHIB AL-ŠURTA

Los textos, tanto históricos como notariales, hablan del *ṣāhib aḥkām al-šurta*, de los *aḥkām al-šurta*²⁰. Parece, por tanto, que habrían existido «juicios de la policía»/*aḥkām al-šurta*, cubriendo parte de lo no-comprendido en la *šarī'a* (jurisdicción esencial del *qāḍī*). Sabemos que la actuación del *zavalsorta* se caracterizaba por un «estilo» particular (al igual que el *zabazoque*, investiga sin que sea necesaria denuncia anterior) y una dura cuasi sincronización delito-juicio-castigo. Pero desconocemos las «normas» por las que se regía su proceder. Parece obligado sea de tipo *usual*: «la costumbre es que...».

Ahora bien, al actuar de oficio (inquiére sin haber mediado demanda previa, aplicando una u otra forma de «cuestión», ejecutando penas sin trámite de proceso legal) constituye una clara desviación de los principios penales del Islam clásico. Era, por tanto, difícil que diera lugar a una práctica judicial, susceptible de haber provocado la aparición de una literatura específica que reflejará su actuación, a parte del hecho que *alfaquíes* y *ulemas* la ignoran por considerarla «ilegal». Evidentemente, han de pesar mucho las directrices y órdenes emanadas del poder/*sultān*. Un jefe de policía no incumple las indicaciones que recibe, a diferencia del *qāḍī* que se opone a lo que estima ilegal. Mientras el uno ejecutaba mandatos superiores, el otro examinaba los fundamentos y justicia de una situación.

En las *Waṭā'iq* de Ibn al-'Attār, el *zavalsorta* aparece esencialmente levantando atestados o recogiendo declaraciones: conversión²¹; denuncia por delito de sangre²²; *tawqīf*²³ y contradecларación²⁴; posesión de finca²⁵; convocando a testigos por el asunto anterior²⁶; ausencia del marido²⁷; propiedades del ausente²⁸;

²⁰ Véase *op cit.*, pp. 567-616

²¹ *Waṭā'iq*, pp 406, 409

²² *Op cit*, p 452.

²³ *Op cit.*, p. 504

²⁴ *Op. cit.*, pp 508, 555-556.

²⁵ *Op cit*, p 515

²⁶ *Op cit*, p 519.

²⁷ *Op cit*, p 531

²⁸ *Op cit*, pp 553, 558-559.

herencia de un cliente ²⁹; deudor insolvente ³⁰; levantamiento prodigalidad ³¹. Tiene también una cierta competencia administrativa (certificado de exención territorial ³², carga tributaria ³³). Existen modelos de casación de las decisiones y actuaciones del *zavalsorta* por el *qāḍī* ³⁴.

EL ṢĀḤIB AL-MAZĀLIM

La jurisdicción del *ṣāḥib al-mazālim* ³⁵ es, por definición, excepcional. Se aplica a corregir los abusos, desviación de poder, injusticias administrativas. Sus súbditos no son «normales», sino gentes con autoridad, ante los que, en la mayoría de los casos, el *qāḍī* se vea impotente. Sabemos que la ejercieron personalmente algunos emires y que los califas la delegaron. Siendo excepcional, resulta de escasísima e infrecuente aplicación, por lo que difícilmente podía dar lugar a una «práctica judicial».

Las pocas referencias a los *mazālim* de que disponemos, pertenecen todas al género anecdótico del «espejo de príncipes», destinados a ilustrar la conducta ejemplar de tal o cual gobernante. Es jurisdicción que no aparece reflejada en los *kutub al-waṭā'iq*.

EL ṢĀḤIB AL-RADD

Nada sabemos de la jurisdicción —y mucho menos de la actuación— del *ṣāḥib al-radd*. Ibn Sahl ³⁶ afirmaba que «se ocupaba aquél de los asuntos que no entendían [dejaban perplejo a] los jueces, quienes los “devolvían” a éste “*lkāna yaḥkum ṣāḥib al-radd fī-mā starābahu al-quḍāt wa raddahu ‘an anfusihim*”». Tal vez ha-

²⁹ *Op. cit.*, pp 584-586

³⁰ *Op. cit.*, p. 611

³¹ *Op. cit.*, p. 618

³² *Op. cit.*, pp 598-600.

³³ *Op. cit.*, pp 603-604, 607, 609

³⁴ *Op. cit.*, pp 638, 640-641.

³⁵ Aparte del venerable *Orígenes del Justicia de Aragón*, Zaragoza, 1897, de J RIBERA, véase AMEDROZ, H, «The *mazālim* jurisdiction», en *J R.A S.*, 1911, páginas 635-674, y sobre todo, TYAN, E, *op. cit.*, pp 433-525

³⁶ Cf *supra* nota. 17.

ya de entenderse como «el de las revocaciones», en el sentido de que las perplejidades y vacilaciones de los jueces debían dar lugar a frecuentes actos inválidos (no ejecutados todavía) que serían casados por el *ṣāhib al-radd*. Pero es interpretación tan hipotética como la de Lévi-Provençal cuando sugiere que el *ṣāhib al-maẓālim* se ocupaba de lo civil y el *radd* de lo religioso³⁷.

En las *Waṭā'iq* de Ibn al-'Aṭṭār³⁸ aparece como uno de los cinco funcionarios que reciben la conversión de un cristiano y de un judío. Los otros son: el *qāḍī al-ḡamā'a*, el *ṣāhib aḥkām al-šurṭa*, *al-madīna*, *al-sūq* y, en última posición, *al-radd*.

EL ṢĀHĪB AL-MADĪNA

La jurisdicción del *zalmedina/ṣāhib al-madīna* no está tampoco demasiado clara³⁹. Parece una especie de «gobernador civil» que, al serlo de la capital, tiene numerosas y amplias atribuciones. Actúa de «regente» en casos de ausencia del emir o califa (subsidiariamente, es uno de los encargados —junto al *qāḍī al-ḡamā'a*, *zavalsorta* y *zabazoque*— de recoger el juramento de fidelidad/*bay'a* de la población). Vela por el mantenimiento del orden público (fue el encargado de la investigación, pesquisas, detenciones, reunión de pruebas y testimonios contra los masarríes). Debía tener una cierta competencia en materia de delitos públicos contra la fe como demuestran el caso de la blasfemia del sobrino de 'Aḡab y lo apuntado acerca de los masarríes; Ibn 'Abdūn (p. 17, núm. 24) le negaba la capacidad para perdonar casos de *ma'ṣiya*. Tiene atribuciones recaudatorias⁴⁰. Pero es indiscutible

³⁷ *Histoire Espagne Musulmane*, III, p. 144, nota 1

³⁸ *Waṭā'iq*, pp 406-409

³⁹ Un artículo de VALLVE, J, «El *zalmedina* de Córdoba», *Al-Qantara*, II, 1981, páginas 273-318, embrolla en vez de aclarar la evolución andalusí de dicha institución. En efecto, el escaso rigor histórico, unido a la obsesión por hallar el espectro de la «continuidad hispano-romano-visigoda», parecen encandilarle hasta el punto de llevarle a confundir al *comes civitatis* tardorromano con el *qūmus* mozárabe (*E I.2*, s v.) y éste con el *sāhib al-madīna* musulmán.

⁴⁰ Véanse las anécdotas de al-Walīd b 'Abd al-Rahmān b Ganīm y de Umayya b 'Īsā b Šuhayd recogida por IBN AL-QŪTIYYA, *Ifṭitāḥ*, pp. 87-88, 94-95. Cf también IBN AL-'ATTĀR, *op cit.*, pp 126 y 169.

que lo suyo es ejecutar sentencias y aplicar castigos físicos ⁴¹; a veces con excesivo rigor y falta de miramientos como la actuación de Yahyā b. Yūnus al-Qabrī ⁴². Ibn 'Idārī ⁴³ aclara atinadamente que: «*al-qāḍī yaqūm bil-ḥukm wa ṣāhib al-madīna yuqīm al-ḥudūd*». En cualquier caso, la jurisdicción del zalmedina (pese a que Ibn 'Abdūn [p. 16, núm. 21] exigía fuese alfaquí) no parece demasiado propensa a generar 'amal.

En las *Waṭā'iq* de Ibn al-'Aṭṭār aparece recogiendo declaraciones y levantando atestados: conversión ⁴⁴, denuncias por delitos de sangre ⁴⁵, mandatos *ad litem/wakālat al-ḥiṣām* ⁴⁶, propiedades del ausente ⁴⁷, exención territorial ⁴⁸. Existen formularios de revocación de las actuaciones del zalmedina por el *qāḍī* ⁴⁹.

EL SĀHIB AL-SŪQ

A través de los tratados de «gobierno del zoco», de «policía del mercado»/*wilāyat al-sūq, ḥisbat al-sūq* ⁵⁰ conocemos, relativamente bien, cuál era el uso y la costumbre/ 'urf, 'āda. Estas obras, modelo y reflejo de la actuación de quien «no había de guardar solemnidad foral ni judicial alguna», mal podían generar 'amal. Lo cual no significa que carezcan de carácter judicial, ya que se habla de juicios/*aḥkām* y su titular es *ṣāhib aḥkām al-sūq*.

Finalmente, en las *Waṭā'iq* de Ibn al-'Aṭṭār, hallamos al zaba-zoque: recibiendo conversiones ⁵¹, mandatos *ad litem/wakālat al-ḥiṣām* ⁵², *tawqīf* y su contestación ⁵³, extendiendo certificados de

⁴¹ Reconocida por IBN 'ABDŪN, *Risāla al-ḥiṣba*, pp 19-20, trad num 32

⁴² IBN HAYYĀN, *Muqtabas*, V, p 212

⁴³ *Bayān*, II, pp 126-127

⁴⁴ *Op cit*, pp 406, 409

⁴⁵ *Op cit*, p 452

⁴⁶ *Op cit*, p 598

⁴⁷ *Op cit*, p 553

⁴⁸ *Op cit*, pp 598-600, 603-604, 607, 609

⁴⁹ *Op cit*, pp 638, 640, 641.

⁵⁰ Acerca de esta institución y de su evolución histórica, tanto en al-Andalus como en la España cristiana, véase CHALMETA, *El «señor del zoco» en España*, Madrid, 1973

⁵¹ *Op cit.*, pp 406, 409

⁵² *Op. cit*, p. 498.

⁵³ *Op cit.*, pp 504, 508

ausencia, desaparición marital⁵⁴, propiedad del ausente⁵⁵, deudor insolvente⁵⁶. Existen modelos de casación de las decisiones del zabazoque⁵⁷. A ellos debió atenerse la actuación del juez Mu'ād. b. 'Uṭmān cuando, en 232/846-7, «derogó la decisión/*fasaha hukm* del zabazoque Ibrāhīm b. Ḥusayn b. Ḥālid, acerca de la demolición de las tiendas de los Banū Qutayba, por divergir del parecer de los alfaquíes de su tiempo...»⁵⁸.

Resumiendo, la jurisprudencia engendrada por las magistraturas supra dichas era susceptible de aflorar (y haber quedado recogida) en: sentencias/*aḥkām*, responsae/*fatāwā* y casos de especie/*nawāzil*, así como en modelos de documentos privados/*waṭā'iq* y judiciales/*siḡillāt*, *maḥāḍir*. Estas categorías de escritos —con posibles referencias a diversos aspectos de la práctica— responden a criterios distintos. Los *aḥkām* constituyen precedentes para justificar una decisión judicial. Las *fatāwā* documentan una opinión. Las *waṭā'iq* suministran una redacción adaptada al uso común. Y las *siḡillāt* son a los documentos judiciales lo que eran las *waṭā'iq* para los privados. Finalmente, las *maḥāḍir* reflejan el desarrollo de las incidencias ante el magistrado.

Antes de analizar los casos de 'amal reflejados en un formulario notarial andalusí del siglo X, conviene recordar un hecho: de las tres grandes categorías del derecho occidental se escapan de una posible observación, a través de las categorías de fuentes enumeradas:

- a) Gran parte de lo público.
- b) Lo penal, regido por las normas del *ḥadd* (excepto las materias de *ta'zīr*, *ta'dīb*, así como los mínimos legales regionales para la amputación⁵⁹).
- c) Lo administrativo, ya que pese a ser eminentemente práctico, constituye capítulo aparte. Por no ser «derecho», según el

⁵⁴ *Op cit*, p 531.

⁵⁵ *Op cit*, p. 553

⁵⁶ *Op cit*, p 611

⁵⁷ *Op cit.*, pp 638, 640-641.

⁵⁸ AL-ḤUSĀNĪ, *Qudāt Qurtuba*, p 99.

⁵⁹ Véase «El dirham *arba'inī*, *duhl*, *Qurtubī*, *Andalusī* su valor», *Acta Numismática*, 1986 XVI, 113-126

fiqh, y no regirse por leyes, sino por reglamentos o disposiciones del *dīwān*, los cuales suelen ir por senderos que harto poco tienen que ver con la *šarī'a*.

Dado que nos han llegado diversos formularios notariales andalusíes⁶⁰, veamos qué partido se puede sacar de uno de ellos, que nos servirá de botón de muestra: el de Ibn al-'Aṭṭār⁶¹.

Abū 'Abd Allāh Muḥammad b. Aḥmad b. 'Ubayd Allāh b. Sa'id al-Umawī, conocido por Ibn al-'Aṭṭār⁶², nació en Córdoba en 330/941. Afamado jurista de carácter un tanto intransigente, sus críticas provocaron que los alfaquíes de la capital se coaligasen en contra suya, logrando su destitución, arresto y destierro. Amigo de diversos cadíes, redactó el *Kitāb al-waṭā'iq wal-siġillāt* para «enseñar el arte notarial al nieto de Ibn al-Barṭāl, *qāḍī l-ġamā'a* y tío de Almanzor». Esta obra fue muy apreciada y profusamente extractada por autores posteriores. Estos *Waṭā'iq* son, en términos generales, más extensos y menudos que las obras más tardías. Suelen ofrecer diversas redacciones para un mismo escrito, acompañándolo de glosas y de explicaciones claras y «pedagógicas», amén de referencias jurídicas y alusiones a la jurisprudencia. Ibn al-'Aṭṭār utilizó documentos auténticos que «despersonalizó». La labor de supresión de nombres, fechas y cantidades resultó incompleta (a menos que fuera consecuencia de posteriores copistas), por lo que podemos identificar diversos escritos. Uno es del 370, otro de 384-385 y un tercero es fechable entre 381 y 392. Ibn al-'Aṭṭār falleció en Córdoba, en 399/1008.

La principal virtud del notario musulmán había de ser la cautela, precaución/*iḥtiyāt* o *taharruz*. *Iḥtiyāt* para estar al tanto de las divergencias de opinión, para saber cómo neutralizarlas e, inclusive, estorbar que un juez ignorante o descuidado pudiera interpretar erróneamente un documento⁶³.

De ahí el interés, el desvelo de nuestro Ibn al-'Aṭṭār, maestro de notarios y cadíes⁶⁴. Está atento a reflejar todas las posibles «lecturas» de tal o cual tipo de escrito, preocupado por la juris-

⁶⁰ Cf supra nota 14

⁶¹ Véase supra nota 18.

⁶² Véase su biografía en *op cit.*, pp. IX-XIX.

⁶³ Cf. WAKIN, J, *The function of documents.* ., pp. 31-36

⁶⁴ *Kitāb al-waṭā'iq*, pp XXV- XXVI, XXXI-XXXIII

prudencia existente sobre esta y aquella cuestión, escudriñando para recoger los dictámenes antiguos y modernos emitidos por prestigiosos alfaquíes. Y, sobre todo, se interesa por conocer en qué sentido suelen fallar los magistrados, cuáles son los límites de su jurisdicción. Tal es la razón de sus frecuentes alusiones a las *fatwās*, al juzgar/*qaḍā'*, a la práctica judicial/'amal. En todos los casos, su cuidado se esmera por alcanzar la indiscutibilidad, tratar de conseguir la efectividad del propósito inicial del documento y, por tanto, de evitar una posible *exceptio nullitatis* ante el tribunal competente.

En el *Kitāb al-waṭā'iq wal-siġillāt* de Ibn al-'Aṭṭār son relativamente abundantes (unas 85 veces) las referencias a la práctica judicial. Estas aparecen esencialmente bajo cinco tipos de formulaciones:

1. «ésta es la práctica»/*wa 'alayhi al-'amal* ⁶⁵,
 - 1.1. con variantes más precisas «tal es el uso que tiene curso entre nosotros»/*wa bi-haḍā ġarā al-'amal 'indanā* ⁶⁶,
2. «ésta es la jurisprudencia, pero no se sigue»/*wa laysa 'alayhi al-'amal* ⁶⁷,
3. «se falla siguiendo tal doctrina»/*wa bi-qawl... al-qaḍā' 'indanā* ⁶⁸,
 - 3.1. o fórmulas más precisas «se falla según tal doctrina y esta es la práctica»/*wa bi-qawl Ibn al-Qāsim al-qaḍā' wa 'alayhi al-'amal* ⁶⁹ o bien «en este sentido se emiten dictámenes y se falla»/*wa bi-haḍā al-futyā wa 'alayhi al-qaḍā'* ⁷⁰,
4. «según los dictámenes que se emiten entre nosotros»/*wa ġarat al-futyā bi-biladinā* ⁷¹,
5. referencias un tanto imprecisas desde el punto de vista

⁶⁵ *Op. cit.*, pp 35, 62, 126, 128, 180, 190, 231, 242, 286-287, 343, 522-523, 633, 643, 644

⁶⁶ *Op. cit.*, pp. 123, 165.

⁶⁷ *Op. cit.*, pp. 65, 90, 128, 287, 354.

⁶⁸ *Op. cit.*, pp 43, 45, 65, 101, 153, 169, 185, 189, 190, 204, 219, 230, 231, 294, 330, 340, 346, 354, 372, 375, 386, 396, 462, 496, 505, 506, 513, 535, 536, 538, 539, 540, 564, 583, 596, 633, 642

⁶⁹ *Op. cit.*, pp 190, 633

⁷⁰ *Op. cit.*, pp 354, 462, 496.

⁷¹ *Op. cit.*, pp. 184, 204, 205, 282, 314, 337, 354, 462, 496, 513, 530, 540, 596

procesal: «se sale de la costumbre de las gentes»/yahruġ 'an 'urf al-nās⁷², «difiere del uso común»/ḥilāf fa'l al-nās⁷³.

Dichas referencias no aparecen nunca en el texto de los «modelos» de los escritos, sino que están incluidas dentro del comentario jurídico y jurisprudencial que las acompaña. Surgen casi siempre como resultado de la necesidad de aclarar, en un contexto de divergencias/iḥtilāf, cuál es el uso vigente. Expuestas las diversas opiniones y precedentes, era preciso disipar cualquier perplejidad ante lo que había de hacerse. *A priori* —cuando menos en el sentir de Ibn al-'Aṭṭār— aquello supone peculiaridades. Serían puntos en los que la práctica andalusí (aunque quizá fuera más prudente limitarnos a hablar del 'amal ahl Qurṭuba) divergía de las normas generales mālikíes. De hecho, siempre que entra en conflicto la opinión de Mālik, Aṣḥab o Saḥnūn con la de Ibn al-Qāsim, triunfa el parecer de este último (confirmando así la observación de que el Islam andalusí es qāsimí frente al Ifriqí que es saḥnūnī). Por tanto, estamos ante diferencias, particularidades, que ayudarían a definir la personalidad jurídica y judicial cordobesa. Son también aquellos puntos donde cabe (pero no obligatoriamente) se encuentren hipotéticas huellas de posibles influencias externas, ya en el tiempo, ya en el espacio, y habrían de ser exploradas por los partidarios de los precedentes o raíces romano-ibéricas...

DATOS FECHADOS

Acerca de cómo actúa y de la considerable presión social ejercida por el 'amal resulta ilustrativa la siguiente anécdota, relatada por Ibn al-'Aṭṭār⁷⁴, fechable en el 367/978.

«Más de una vez discutí con Muḥammad b. Yabqā b. Zarb, antes de que fuese nombrado qāḍī, de este [problema de si se había de redactar el documento de venta mencionando o no la exención del ṭabl] y él se inclinaba por la opinión de Aṣḥab. Cuando le nombraron juez, le dije: "Ahora tienes en tu mano hacer realidad aque-

⁷² *Op. cit.*, p. 81

⁷³ *Op. cit.*, p. 81

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 170

llo que opinabas. Sigue la opinión de Ašhab; Juzga con arreglo a ella, persevera y te imitarán." Pero aquello se le antojó muy pesado y exclamó "¿Y quién es capaz de apartar a las gentes de sus usos?/man yastaṭī' šarf al-nās 'ammā ġarū 'alayhi".»

Al contrario, lo que un juez no podía lograr, sí cabe lo imponga el gobernante. Tal como consta, ocurrió hacia el 356/967, en materia de inhabilitación del pródigo/istir'ā' fī l-safīh. «Mālik opinaba que la incapacidad por prodigalidad surtía efecto a partir de su declaración pública y no desde las primeras muestras atestiguadas. Según esta doctrina se emitían antaño los dictámenes/wa bi-qawl Mālik kānat al-futyā bi-biladinā qadīman. Ello duró hasta que el califa al-Ḥakam II, a los pocos años de su subida al poder, ordenase a Muḥammad b. al-Salīm, por entonces qādī al-ġamā'a de Córdoba, que obligase a la gente a regirse por la opinión de Ibn al-Qāsim y Muṭarrif acerca de la actuación del pródigo [invalidándola desde el momento en que daba muestras evidentes] y que fallase en este sentido. Así se dieron los dictámenes durante el resto de su califato, cayendo en desuso la opinión de Mālik y de aquellos discípulos suyos que la seguían/fa-maḍat al-futyā bi-dālika bāqī ḥilāfatihi wa turika qawl Mālik wa man tāba 'ahu min ašḥābihi»⁷⁵.

Tenemos fechados cuatro casos más de cambio de la práctica judicial: uno del 938, otros dos horquillados entre el 938-941 y el 967-977 y un 4.º del 980-981. «Es práctica nuestra, en materia de escritos judiciales/wa yaġrī 'indanā fil-siġillāt», que el juez escriba de su puño y letra «dan fe del testimonio del qadi X, juez de la gente de tal lugar, acerca de lo que está mencionado supra, a tanto...», tras lo cual el qadi consigna su testimonio... el primero que tal hizo fue el juez Muḥammad b. 'Abd Allāh b. Abī 'Īsā, qādī al-ġamā'a de Córdoba (326/938-339/950), convirtiéndose en uso judicial del que no se apartaron/wa awal man fa'ala dālika... fa-šāra dālika sunna lil-quḍāt ba'duhu lā yuḥālafūnuhu fīhi»⁷⁶.

Cuando la rota de Alhandega, en 327/939 (quizá lo hiciera ya antes, en 305, cuando la derrota de Ibn Abī 'Abda), Abū 'Abd Allāh Muḥammad b. 'Abd al-Malik b. Ayman (m. 330/941) fijó en un

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 338

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 642. Sobre este personaje, cf. ḤUSANI, *Quḍāt Qurṭuba*, pp. 202-206

año, cuatro meses y diez días el plazo máximo para que los desaparecidos en combate dieran señales de vida, antes de ser tenidos por muertos. «Se emitieron jurisprudencias en este sentido, fue seguido su parecer, fallándose con arreglo a ello, por aquel entonces»/wa bi-hadā uftā... wa aḥada bi-qawlihi wa quḍā bihi yawma'idā⁷⁷.

Otro caso está fechado en 356-367/967-977. Se trata de si la descendencia de las hijas entraba o no entre los derechohabientes a un *taḥbīs*, al decir «los hijos de mis hijos». La doctrina mālikí lo negaba y así se dictaminaba/wa kānat al-futyā 'indanā. Pero, durante su cadiazgo, Muḥammad b. Ishāq b. al-Salīm incluyó a los descendientes de las hijas, basándose en los dictámenes de la mayoría de los [jurisconsultos] de su tiempo y su propia opinión/bi-futyā aktār man kāna fī zamānihi wa bi-ra'ihī. Aquello [prosperó y ahora se emiten] dictámenes en este sentido/ fal-futyā fī hāda⁷⁸.

Nuestro último dato es del 370/980-981 y se refiere a la forma de realizar el testimonio de toma de posesión/ḥiyāza. El autor lo narra con legítimo orgullo, puesto que fue él quien corrigió un mal uso, causado por la ignorancia/'inda al-ḥukkām 'indanā bi-gayr ḥaqq ḡahlan, provocando una nueva práctica. Ese año, «acudí con otro testigo para presenciar la toma de posesión que efectuaba (Muḥammad b. Yabqā b. Zarb), en compañía de un tercer testigo, de una casa cercana al domicilio de estos últimos». Al ir a testimoniar «... presenciaron... de la casa delimitada en este escrito» objeté «no nos consta sea ésta la casa más que por tu afirmación y sería un testimonio dado a ciegas/šahāda gamūs». El cadí, confuso, se defendió «pues así corría entre la gente antiguamente/qad ḡarā al-nās 'alā hadā qadīman»⁷⁹.

TESTIMONIOS DE LA PRÁCTICA DE LOS SIGLOS IX Y X

¿Cuáles eran los puntos en que teníamos inequívocamente atestiguados, con un «wa 'alayhi al-'amal, wa bi-hi al-qadā'», la práctica judicial cordobesa?

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 540

⁷⁸ *Op. cit.*, pp. 604-605

⁷⁹ *Op. cit.*, pp. 522-523

— Venta/*bay'*: En caso de que el comprador se encuentre que la esclava ordinaria/*waḥṣ* esté encinta, constituye vicio redhibitorio para Ibn al-Qāsim, que permite la anulación de la venta por constituir riesgo y peligro/*garar wa ma'aṭab... wa 'alayhi al-'amal*⁸⁰.

— Venta con anticipación del precio/*salam*: Según la *Mudawwana*, el plazo mínimo para esta operación es de quince días, mientras era de menos de dos semanas para Mālik, pero se falla con arreglo a la primera opinión/*wa bil-awal al-qadā'*⁸¹. En casos de discrepancia acerca de los términos de la venta entre contratantes, se sigue la *Mudawwana* y no la opinión de Ibn Habīb/*wa bil-qawl al-awal al-qadā'*⁸².

— Cultivo de una tierra con edificio: Las gentes redactan aparte el contrato con las obligaciones de *hidāya* y *ḥumūla*⁸³; en cuanto a la vivienda «si en aquella aldea se cobrase alquiler por las casas, debe la *kirā' miṭlahā* y si no, no», en contra de quienes opinan que no ha de pagar en ningún caso/*wa bil-qawl al-awal al-'amal*⁸⁴.

— Cultivo al 1/6/*muzāra'a 'alā l-suds*: Si no se entregan más que las semillas, mientras que todo lo demás (tierra, bueyes, aperos) es por cuenta del campesino, el primero no tiene sino el equivalente al grano entregado; Saḥnūn dice que adeuda el alquiler de la tierra y el trabajo del aparcerero. Es un caso idéntico al contrato de entrega de huevos, para ser incubados repartiéndose los polluelos. Estos polluelos corresponden al dueño de las gallinas, que resarcirá al primero de sus huevos. Hay quien sostiene que se ha de efectuar el reparto de los polluelos, pagando él de los huevos el incubado de las gallinas, pero se falla con arreglo a la primera opinión/*wa bil-awal al-qadā'*⁸⁵. Ibn Gānim transmite que la asociación para arado y siembra no es válida si no están asociados en bueyes y aperos/*wa laysa 'alā hadā al-'amal*⁸⁶.

⁸⁰ *Op. cit.*, p 35

⁸¹ *Op. cit.*, p 43

⁸² *Op. cit.*, p 45.

⁸³ Sobre el significado institucional de ambos términos, cf., «Un formulaire notarial. glanes économiques», *R I E E I. M.*, 1986, XXIII

⁸⁴ *Watā'iq*, p. 62

⁸⁵ Cf *infra*

⁸⁶ *Watā'iq*, p 70.

— Contrato de cultivo irrigado/*musāqa*: Caso de que en el jardín haya frutos que se puedan vender, no es lícito el contrato de *musāqa*. Aunque lo permita Saḥnūn no es práctica que se siga/*wa laysa 'alayhi al-'amal*⁸⁷.

— Comodato/*'ariyya*: El Profeta autoriza al otorgante que adquiera hasta cinco *wasq* de dátiles; también existe la opinión contraria, pero se falla con arreglo a la primera opinión/*wa bil-qawl al-awal al-qadā'*⁸⁸.

— 'Īsā b. Dīnār (m. 212/827) permite dividir la tierra a suertes, compensando al que le toque la peor parte. Esta es la práctica seguida entre nosotros/*wa bi-hadā ġarā al-'amal 'indanā*⁸⁹.

— Depósito/*wadī'a*: Según Mālik, el perceptor de los *magārim* procedentes de las aldeas jura y queda quito [caso de negar haberlos recibido], mientras que Ibn al-Qāsim no acepta su palabra y exige una garantía. La práctica sigue la opinión de Ibn al-Qāsim /*wa 'alā qawl Ibn al-Qāsim al-'amal*⁹⁰.

— Hallazgo/*luqṭa*: Hay quien opina —en contra de Mālik— que transcurrido un año se puede disponer libremente del hallazgo, pero no es práctica seguida/*wa laysa 'alayhi al-'amal*⁹¹.

— Delegación de crédito (aval)/*ḥawāla*: Es costumbre entre los mercaderes de los zocos cordobeses transferir sus deudas sobre un deudor suyo, sin mencionar expresamente el término *ḥawāla*... pero resulta idéntica a ésta en jurisdicción y juicio/*fīl-ḥukm wal-qadā' kal-ḥawāla wa yuqḍā fihā bi-ḥukmihā*⁹².

— Quitanza/*mubāra'a*: En caso de autorrepudio facultativo de la esposa, concedido a ésta por el marido, que es el que tiene curso en nuestro país/*wa hiya allatī taġrī bi-biladinā*⁹³.

— Exención/*tabri*: Se redactan según la escuela de Ašhab que ha sido impuesta/*al-ladī ḥamala al-nās 'alayhi*⁹⁴.

— En contra de la opinión de Ašhab, Ibn al-Qāsim, seguido

⁸⁷ *Op cit*, p 90; cf. con Tahāwī, apud WAKIN, J, p 33

⁸⁸ *Waṭā'iq*, p 101

⁸⁹ *Op cit*, p 123.

⁹⁰ *Op cit.*, p. 126.

⁹¹ *Op cit*, p. 128.

⁹² *Op cit.*, p. 153

⁹³ *Op cit.*, p 165

⁹⁴ *Op cit*, p. 168

por los andalusíes, no permite la venta estipulando que la finca está gravada con el pago del censo/*ṭabl wa l-qadā' bi-qawl Ibn al-Qāsim*. Por ello, los modernos alfaquíes se las ingeniaron para redactar la exención del *ṭabl* en documento aparte. De seguirse la doctrina de Ašhab sería mejor, ya que no habría que recurrir a esta argucia/*ḥiyal*, y las gentes dejarían de mentir⁹⁵.

— Ibn al-Qāsim no permite que, en materia de *aḥbās* y donaciones, los hijos mayores tomen posesión por sí mientras el padre lo hace por los menores; otros lo aceptan para las donaciones y regalos/*ṣadaqāt, hibāt* y no para los *aḥbās*, siguiéndose la primera opinión/*wa bil-qawl al-awal al-qadā'*⁹⁶.

— División en lotes/*qisma qur'a*: Según Ibn al-Qāsim, cada lote ha de ser habitable y tener acceso independiente; hay opiniones en contra..., pero se falla con arreglo a la primera, ya que entre nosotros se juzga según la opinión de Ibn al-Qāsim, siendo ésta la práctica judicial/*wa bil-awal al-qadā'... wal-qadā' 'indanā wa ḥadā qawl Ibn al-Qāsim wa 'alayhi al-'amal*⁹⁷.

— Participación de las hijas en la cadena de derechohabientes a un *habiz*.

— Donación/*ṣadaqa*: No está permitida la donación de una finca gravada con una carga fiscal, por lo que algunos jueces rescinden y anulan la donación gravada con esta condición y la consideran herencia/*wa nazalat 'indanā wa qadā ba'd al-quḍāt bi-faṣḥ al-ṣadaqa bi-ḥadā l-ṣarṭ wa raddahā mīrāt*⁹⁸.

— Regalo/*hiba*: La reciprocidad, al devolver el regalo, es seguida tan a rajatabla que es llevada incluso ante los tribunales, quienes, tanto antaño como hogaño, dan la razón al demandante/*wa nazalat qadīman wa ḥadītan fī biladinā wa quḍiya li-ṭālib al-mukāfa'a bil-qiyām... fa-yuqḍā 'indanā... wal-muta'āraf 'indanā*⁹⁹.

— Manumisión/*kitāba*: Mālik admite que se diga al esclavo «Eres libre, pero me debes 100 dinares», mientras que para Ibn al-Qāsim el esclavo queda libre y no adeuda nada, por ser una obligación posterior a la manumisión y que, por esta causa, no

⁹⁵ *Op cit*, pp 169-170

⁹⁶ *Op cit*, p 185

⁹⁷ *Op cit*, pp 189-190

⁹⁸ *Op cit.*, p 219

⁹⁹ *Op. cit*, pp 230-231

le incumbe, siguiéndose, en la práctica, la opinión de Ibn al-Qāsim/*wa bi-qawl Ibn al-Qāsim al-'amal* ¹⁰⁰.

— Liberación a término/*itq mu'ağğal*: Según Ibn al-Qāsim, el salario del liberto sale del capital del difunto, deduciéndose de la herencia, contabilizándose desde el momento de la promesa hasta el de su realización; *Ašhab* pretende que se cargue al 1/3 de libre disposición y no perciba salario por sus servicios, pero se sigue el parecer de Ibn al-Qāsim/*wa 'alā qawl Ibn al-Qāsim al-'amal 'indanā... wa laysa 'alayhi [Ašhab] al-'amal* ¹⁰¹.

— Acusación por delito de sangre/*tadmiya*: Según Mālik, el homicida/*mudamā* permanece encarcelado —sea cual sea su rango— hasta que le perdone el herido o muera, siendo entonces obligatoria la *qasāma*; en este sentido se falla entre nosotros/*wa bihi al-qadā' 'indanā* ¹⁰².

— Declaración de honradez testimonial/*ta'dīl*: La investigación/*tazkiya* se hace en secreto, preguntando a dos testigos '*adl*'; hay quien dice que basta con un solo testigo, pero se falla con arreglo a la primera opinión/*wa bil-qawl al-awal al-qadā'* ¹⁰³.

— Declaración de prodigalidad de la hija prometida en matrimonio/*tağrīd safh*: Es válida desde cinco años antes de la consumación hasta ocho después; es cuestión que se encuentra [tratada] en [la obra de] alguno de nuestros maestros y así se falla entre nosotros/*wuğīdat hađihi al-mas'ala li-ba'd šuyūhinā wa ġarā bihā l-qadā' 'indanā* ¹⁰⁴.

— Anulación del estado de prodigalidad: Para ello, resulta necesaria la multitud de los testimonios, no siendo suficientes los dos requeridos normalmente para probar un derecho, siendo ésta la práctica nuestra/*wa bi-hađā al-'amal 'indanā* ¹⁰⁵.

— Declaración de la mayoría de un huérfano/*iṭlāq al-yatīm*: Abū Zayd, tomándolo de Ibn al-Qāsim, opina que si han pasado muchos años desde el *iṭlāq* y el tutor afirma haber entregado [sus bienes al tutelado], sin poder aportar prueba alguna, ha de jurar

¹⁰⁰ *Op. cit*, p. 242.

¹⁰¹ *Op. cit*, pp. 286-287.

¹⁰² *Op. cit.*, p. 294.

¹⁰³ *Op. cit.*, p. 330.

¹⁰⁴ *Op. cit*, p. 340.

¹⁰⁵ *Op. cit*, p. 343.

que es cierto, quedando quito. Entre nosotros se falla con arreglo a lo expuesto/*wal-qadā' 'indanā bimā taqaddama min al-qawl*¹⁰⁶.

— Incapacitación por prodigalidad/*istir'ā' fil-safih*: Es retroactiva a las primeras muestras¹⁰⁷.

— Libranza del apoderado judicial/*iṭlāq wakīl al-qādī*: El huérfano dispone de sus bienes a la mayoría de edad —salvo si fuese pródigo— aunque fuera de mala conducta y poca religión; así se emiten pareceres jurídicos y se falla/*wa bi-hadā al-futyā wa 'alayhi al-qadā'*. Hay quien exige la buena conducta religiosa, pero ésta no es la práctica/*wa laysa 'alayhi al-'amal*¹⁰⁸.

— Establecimiento de vierteaguas sobre una casa ajena/*iḥdāt mizāb*: En caso de no reclamación, prescribe al cabo de diez años; Aṣḥab lo alarga a veinte, pero se falla con arreglo a la primera opinión/*wa bil-qawl al-awal al-qadā'*¹⁰⁹.

— Usurpación de una finca unida a la del usurpador y cambio de límites: Se falla con arreglo al testimonio de testigos de visu/*quḍiya bihā lil-maṣhūd lahu*¹¹⁰.

— Calamidad en cosecha de frutos en un terreno alquilado/*ḡā'tha*: Según Ibn al-Qāsim es proporcional a la pérdida, si ésta supera al 1/3; existe el parecer contrario de Aṣḥab, pero la primera opinión es mejor y con arreglo a ella se falla/*wal-qawl al-awal aḥsan wa bihī al-qadā'*¹¹¹.

— Calamidad por mengua del agua de un pozo: El alquiler disminuye en proporción directa al período de tiempo durante el cual faltó el agua e igual principio se aplica al regadío/*wa arḍ al-saqyī kullahā al-qadā' fihā bi-hadā*¹¹².

— Arriendo por peregrinación/*isti'ḡār al-ḥaḡḡ*: Es cuestión que se sale de las normas/*ḥāriḡa 'an al-uṣūl*. Algunos de nuestros jueces fallaban y dictaminaban en el sentido de que había de ser alquiler con garantía de cumplimiento/*wa kāna ba'd al-quḍāt 'indanā yaqḍī wa yaftī bi-'an tu'qid maḍmūna*¹¹³.

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 346

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 337.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 354.

¹⁰⁹ *Op. cit.*, p. 372

¹¹⁰ *Op. cit.*, p. 375.

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 386.

¹¹² *Op. cit.*, p. 393

¹¹³ *Op. cit.*, p. 462

— Compromiso de pago al cavador/*ġa'l li-ḥaffār*: Los sepultureros han de cubrir al muerto tras cavar la fosa/*wa 'alā ḥaffār al-qubūr 'indanā radd turāb*¹¹⁴.

— Actuación del *qādī*: Coincidimos con las gentes del 'Irāq en que el qadi no puede regirse por lo que oyera o supiera antes de ser nombrado; existe parecer contrario, pero se falla con arreglo a la primera opinión y así se dan jurisprudencias/*wa bil-qawl al-awal al-qadā' wa 'alayhi al-fatwā*¹¹⁵.

— Demanda del litigante y respuesta del demandado/*tawqīf al-ḥaṣm*: En caso de que el demandado afirmase haber satisfecho la cantidad adeudada, tras haber negado la existencia de la operación comercial/*mu'āmala* o del mutuo/*salaf*, el juez no ha de permitirselo y así se falla/*wa bihi al-qadā'*¹¹⁶.

— El qadi rechaza al demandado la negación total de la demanda ya parcialmente probada; existe el parecer contrario de Mālik, pero se falla con arreglo a la primera opinión/*wa bil-awal al-qadā'*¹¹⁷.

— *Tawqīf*: Está obligado a contestar cuando consta muerte y herencia en asuntos de herencia, y así se dan jurisprudencias entre nosotros/*wa bi-dālika maḍat al-fatwā 'indanā*, pese al parecer contrario de Mālik¹¹⁸.

— Si teme demora en contestar, se le obligará a entregar el objeto de la litis; existe parecer contrario, pero se falla con arreglo a la primera opinión/*wa bil-qawl al-awal al-qadā'*. En caso de que se tema que puedan llegar a la agresión, se actúa como en el primer caso, según se dan jurisprudencias/*fil-qawla al-'ulā al-latī 'alayhā al-futyā*¹¹⁹.

— Desaparecido/*mafqūd*: En caso de que regrese el marido desaparecido después de transcurridos cuatro años, cuatro meses y diez días y haberse vuelto a casar la mujer, el marido desaparecido tiene más derecho que el segundo, y así se falla/*wa bihi al-*

¹¹⁴ *Op cit.*, p 474

¹¹⁵ *Op cit.*, p 496.

¹¹⁶ *Op. cit* , p 505.

¹¹⁷ *Op. cit* , p. 506

¹¹⁸ *Op cit.*, p. 513.

¹¹⁹ *Loc cit.*

qadā' ¹²⁰. La mujer hereda al primer marido, al morir éste, tras haberse casado con el segundo; existe parecer contrario, pero se falla con arreglo a la primera opinión/*wa bil-qawla al-'ulā al-qadā'* ¹²¹. No tiene derecho a la mitad del *mahr* tras el segundo casamiento y así se falla/*wa bi-hadā al-qadā'* ¹²². La máxima vida «legal» del desaparecido son ochenta años y así lo presuponen los jueces entre nosotros/*wa ahtāra al-quḍāt 'indanā* ¹²³.

— Certificado de defunción, herencia...: Los testigos han de decir «no sabemos haya más herederos»; existe el parecer contrario de Ibn al-Māğišūn, pero se falla con arreglo a la primera opinión/*wa bil-qawl al-awal al-qadā'* ¹²⁴.

— Acerca de la posesión: los testigos han de declarar que «no tiene derecho nadie, según saben, en el momento de aponer su firma...» y ésta es, entre nosotros, el testimonio perfecto/*wa min tamām al-šahāda 'indanā* ¹²⁵.

— Testimonio de oídas de clientela/*al-samā' fīl-walā'*: El mawla ha de jurar ser mawla para poder heredar, según Ibn al-Qāsim; el parecer de Ašhab es contrario a éste, pero se falla con arreglo a la primera opinión/*wa bil-qawl al-awal al-qadā'* ¹²⁶.

— Si el padre explota el *ḥabs* a favor de sus hijos menores, a su muerte no es tal sino herencia, y en este sentido los maestros dan jurisprudencias y fallan los jueces/*wa bi-hadā kāna yaftī al-šuyūḥ wa yaqḍī al-quḍāt* ¹²⁷.

— Deudas del hombre que establece *taḥbīs* o donación: Tanto aceptando como invalidando, el *taḥbīs* es un documento que no puede ser redactado más que por el qadi del lugar —y no por alguno de otro lugar—, según es práctica de Córdoba/*'alā mā ġarā biḥi al-'amal bi-Qurṭuba* ¹²⁸. Es necesario el pago de las deudas antes de la efectividad del *taḥbīs* o donación; la opinión de Ašbag b. al-Farağ es contraria, fallándose según la opinión de Ibn al-Qā-

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 535

¹²¹ *Op. cit.*, p. 536.

¹²² *Op. cit.*, p. 538.

¹²³ *Op. cit.*, p. 539.

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 564, cf. asimismo, Taḥāwī, apud WAKIN, J., *The function . . .*, p. 34

¹²⁵ *Waṭā'iq*, p. 564.

¹²⁶ *Op. cit.*, p. 583

¹²⁷ *Op. cit.*, p. 596.

¹²⁸ *Op. cit.*, p. 633

sim, que es la seguida por la práctica/*wa bi-qawl Ibn al-Qāsim al-qadā' wa 'alayhi al-'amal*¹²⁹.

— Ningún suplente del qadi puede redactar un *tasgīl*, pese a que sean muchos los provincianos que lo hacen por ignorancia, siendo inválido/*wa kaṭīr mā yanzil haḍā 'indanā fīl-kuwar wa hu-wa ḡahl minhum*¹³⁰.

— Las sentencias del juez durante el lapso de tiempo que media entre la muerte del imam y el nombramiento de un nuevo juez son válidas, bastando con el requisito de la firma del qadi posterior. Se sigue esta doctrina para los curadores de huérfanos/*wa yan'aqid 'indanā* y aparece en los antiguos documentos, pero los maestros no lo consideraban obligatorio por divergir los pareceres¹³¹.

EL VALOR DE LAS FATWAS

Existe todavía algún caso en el que podemos deducir estamos ante ejemplos concretos de *'amal*. Son aquellos en que se nos afirma se dictaban pareceres en dicho sentido/*wa bi-haḍā al-futyā*. La razón es que el mismo Ibn al-'Aṭṭār corroboraba que dictamen y práctica judicial iban unidas/*wa bi-haḍā al-futyā wa 'alayhi al-qadā'*¹³².

En materia de *taḥbīs*, según las fatwas de nuestro país/*wa ḡarat al-futyā bi-biladinā* el hecho de que la finca fuese recorrida por los testigos y que el donante la describiera al beneficiario (menor de edad) en presencia de los testigos, equivalía a una posesión plena/*ḥiyāza tāmma*¹³³.

— Anulación secreta o reserva mental en una liberación/*istir'ā' fī 'utq*: Es la que se aplica y sirve de fundamento a la anulación secreta en materia de *taḥbīs*; no hay divergencia sobre el caso y así lo dictaminaron los maestros antaño/*wa lā iḥtilāf 'indanā... wa bi-haḍā aftā al-ṣuyūḥ qadīman*¹³⁴.

¹²⁹ *Op cit*, p 634

¹³⁰ *Op cit*, p 643

¹³¹ *Op cit.*, p. 644

¹³² *Op cit*, pp 204, 337, 340, 354, 462, 496, 513, 540, 596.

¹³³ *Op. cit*, p 184

¹³⁴ *Op cit*, p 282

— Perdón de acusación por herida/'*afw* a cambio de percibir la compensación legal: Por cada falange del pulgar se ha de pagar la mitad de su *diyya* y sobre ello hay dictámenes/*wa bi-hadā al-futyā*, aunque hay quien opina que se ha de pagar 1/3 ¹³⁵.

— Cuando un hombre pretende que una mujer es su esposa o viceversa, en caso de que el hombre se niegue a cohabitar con ella o a repudiarla, entonces, según el parecer de algunos de nuestros maestros/*faqāla ba'd šuyūhinā* la autoridad pronunciará el repudio, tras haber transcurrido cuatro meses ¹³⁶.

— *Tawqīf*: En asuntos de herencia es obligada la contestación del demandado cuando consta la muerte y herencia del presunto causante, y así se dan jurisprudencias entre nosotros/*wa bi-dālika maḍat al-fatwā 'indanā*; aunque Mālik no lo exigía, hasta tanto el demandante no probase su reclamación. En caso de que se tema que los litigantes puedan llegar a la agresión por la posesión del objeto de la *litis*, oblígueseles a depositarlo en manos de dos musulmanes de bien y de fiar, según la primera opinión, que es con la que se dictan fatwas/*fīl-qawla al-awlā al-latī 'alayhā al-futyā* ¹³⁷.

Finalmente, tenemos referencias al uso de la gente. Al tratar de la complantación/*mugārasa* se nos dice que es válido contratar diciendo «plántame estos árboles y te daré tantos dinares [sin estipular el número de árboles]», tanto considerándolo como contrato de complantación como de arriendo, porque la cuantía del plantar es generalmente conocida y no se ha de salir del uso común, en caso de que el plantador quisiera apartarse de la práctica de las gentes/*al-gars ma'rūf al-qadr 'inda -l-nās... 'urf al-nās... fa'l al-nās* ¹³⁸.

Para nosotros, el testimonio más perfecto en materia de posesión/*wa min tamām al-šahāda 'indanā* consiste en que los fedatarios, antes de consignar su testimonio, hagan constar, en el momento de aponer su firma, la siguiente salvedad: «Nadie tiene derecho, hasta donde sepan, a...» ¹³⁹.

¹³⁵ *Op. cit.*, p. 314 Esta tarifa seguía vigente en 1462, puesto que IÇE de GEBIR, *Suma principales mandamientos*, cap. XLIX, p. 379, dictaminaba «. en cada nudillo la tercera parte, en los dos nudillos del pulgar de la mano omicilio entero»

¹³⁶ *Waṭā'iq*, p. 530

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 513

¹³⁸ *Op. cit.*, p. 81

¹³⁹ *Op. cit.*, p. 564

Para realizar un estudio, serio y detallado, de los aspectos jurídico y socio-económico de la vida andalusí —muy a pesar nuestro y tal como ya señalamos ¹⁴⁰—, o carecemos de documentos o éstos son «exteriores» ¹⁴¹. De añadidura, los pocos que nos han llegado resultan asaz tardíos. Tampoco disponemos de las minutas de sesiones del tribunal del *qāḍī/maḥāḍir* y las colecciones de escritos judiciales/*siḡillāt* siguen inéditas. Pero, de momento, el estudio de estos formularios notariales andalusíes permite reconstruir, atisbándola a través del prisma de su marco jurídico, casi toda la vida hispano-árabe. Disponemos de seis formularios notariales andalusíes, editado uno, litografiado otro y todavía manuscritos los restantes ¹⁴². El camino está señalado. Por tanto, para saber hasta dónde y cómo puede llevarnos, sólo queda..., andarlo.

PEDRO CHALMETA

¹⁴⁰ Cf. el prólogo de *Los arabistas españoles del siglo XIX*, de MANZANARES DE CERRÉ, Madrid, 1972, y «De historia hispano-musulmana . . .», en *R.U.M.*, XX, 1972.

¹⁴¹ Se trata casi siempre de escritos «mozárabes», «mudéjares» y «moriscos» (*E.I.* 2, s.v.), su bibliografía en «Un formulaire notarial. . .», nota 11

¹⁴² Cf. *supra* y «Sources pour l'histoire socio-économique . . .»

SPANISH LAW FOR THE PROTECTION OF SURVIVING SPOUSES IN NORTH AMERICA

Toward the end of the eighteenth century the extent of the Spanish dominions in North America was at its height. It was a vast area including all of the territory west of the Mississippi River and the rest of the coast of the Gulf of Mexico to the East. Though this realm was not governed as a unit, the center of activity was New Orleans at the mouth of the Mississippi River, and the greatest concentration of European settlers was in Lower Louisiana. Elsewhere from the Atlantic coast of East Florida to the Pacific coast of Upper California, the European population was very sparse. Within half a century the entire region had been overrun by Anglo-Americans from the East.

The migration of Anglo-Americans into the Hispanic frontier can be divided into two periods. The first period covered the first three decades of the century. Its focal point was the lower basin of the Mississippi River (inhabited by a very mixed, but predominantly French, population) and West Florida (where the English had settled along with the Spanish after the mid-eighteenth century). Spanish rule in the eastern region had been interrupted by twenty years of English control from 1763 to 1783. Anglo-Americans did not begin to move into the region in significant numbers until about 1800. Settlement from the North and East fanned out over the Mississippi River valley northward and along the Gulf coast of Florida during the next three decades. By 1830 the period of initial settlement had passed, and new American governments with separate but similar public institutions were in place. Their rules of private law were, however, somewhat more varied than their rules of public law.

The second period of migration into the Hispanic frontier was part of the general westward movement of Americans to the Pacific Ocean. This process extended from about 1820 to 1870, by

which time new governments had been formed and new legal systems were put in place. After the initial settlement of Texas which began peacefully in the 1820s, the completion of the process there and further West was undertaken by military force against the Mexican republic and the aboriginal inhabitants. But settlement of the desert was slow and a territorial government would not be in place in Arizona until the mid-1860s.

In the very sparsely settled regions East of the Mississippi River and along the upper reaches of the west bank of the river, the first wave of Anglo-American migrants tended to put aside the established Spanish law in favor of their own customs. It was the policy of the national government to achieve an Americanization of the law and there was no initial resistance to this policy. In Lower Louisiana, however, where there was a significant, well established European population, the policy of Americanization met with resistance within the first year of American government. This local resistance to Americanization of the law in Lower Louisiana resulted in the enactment of a civil code along European lines in 1808. In the *Digest of Civil Laws*, as it was called, Spanish rules with respect to succession were codified in English and thus served as a guide to Spanish law for American frontier law makers in the West.

In the replacement of Hispanic government and culture with an Anglo-American frontier society, most of Hispanic law that previously prevailed was replaced with quasi-English legal institutions and rules. But some Spanish law remained. This residue of Hispanic law is still strikingly apparent in relation to the rules of succession, most particularly in the law affecting the rights of surviving spouses.

By comparison to their own rules, some Hispanic institutions better met the needs and aspirations of the Anglo-American frontiersmen. In providing for a surviving wife the early nineteenth century Anglo-American legal system was not generous. Her property rights during marriage were virtually non-existent and those acquired on her husband's death were very limited. At marriage all of a married woman's moveable property became that of her husband. By a premarital contract creating a trust of that property, her control of it during marriage and its disposition at her death might have been provided for, but only

the very prosperous made such settlements. Because the wife's moveable assets became the husband's property on marriage, they were not only subject to the claims of his creditors but were also subject to his uncontrolled disposition during marriage and at his death. As a further consequence of marriage, the wife in much of Anglo-America also lacked the power to make a will of her lands which she might have inherited.

On the death of the husband the Anglo-American wife was usually entitled to the income from one third of the husband's lands for life regardless of the terms of his will. but that expectancy was normally the full extent of her right, although her husband had the power to make his wife absolute testamentary successor and Anglo-American husbands sometimes did so. Then as now, however, most husbands died intestate, in which case the widow's right to enjoyment of income from the husband's land was coupled with a right to one-third or one-half of his moveable property, as well.

Elements of the Spanish law of succession have shown remarkable persistence in North America. This has occurred not only because Anglo-American settlers became familiar with these rules early in the process of settlement and became accustomed to their application but also because Anglo-Americans chose to perpetuate these rules in preference to their own. Because one of the principal objects of Anglo-Americans was the acquisition of lands and making a new life on the land, they became particularly conscious of the laws regulating the acquisition and transmission of land and other property interests at the owner's death. The Anglo-Americans found some of the rules relating to surviving spouses especially appealing to their situation.

The Hispanic institutions affecting the surviving spouse that persisted were those concerning dowry and *arras*, the common property of spouses, and supplementary rights of the survivor such as the *cuarta marital*. The Hispanic doctrine which has had the greatest impact on North American law is the principle of the gains of marriage shared between spouses. The survival of the other rules has tended to be confined to the state of Louisiana. An account of the later history of these Hispanic institutions illustrates the way that subsisting Spanish legal institutions affected Anglo-American law as it spread across the North American continent.

1. DOWRY AND ARRAS

Old Spanish law made careful provisions for regulation of marriage gifts: *dote* presented to the groom for the support of the marriage and *arras* given by the man to his bride¹. In either case, these gifts could be more particularly governed by an agreement of the parties expressed in their marriage contract. As a general rule, on the husband's death the *dote* and *arras* both supported the wife during her widowhood and on her death passed to her heirs².

Written premarital contracts were fairly common in Louisiana, but elsewhere on the frontier they were rarely made. There were dotal provisions in only about a quarter of the Louisiana agreements, however³. Most agreements were devoted to enumer-

¹ See J. FEBRERO, *Librería de Escribanos: Escrituras* I.2.1 2-3 at 297-298 (3rd ed 1783). References to Febrero's work are to the third edition, because it was that edition which was used by the draftsmen of the Louisiana Digest of 1808, hereinafter cited as La. Dig 1808 See note 34 *infra*.

² P. MURILLO VELARDE, *Práctica de Testamentos* 42-44 (Santa Fe, New México, 1850). Although this handbook, used in the drafting of the New Mexican succession act of 1852, was identified as the work of Murillo, later Mexican editions had acquired large accretions from the work of José María Alvarez, cited in note 25. This New Mexican edition appears to be derived from a Mexican edition of 1849.

³ During the period of Spanish rule in Louisiana Professor Baade estimates that there were something less than three hundred and fifty marriage contracts entered into in New Orleans. Baade, *Marriage Contracts in French and Spanish Louisiana A Study in «Notarial» Jurisprudence*, 53 Tul. L. Rev 1, 49 n 243 (1978) See also C MADUELL, *Marriage contracts, Wills and Testaments of the Spanish Colonial Period in New Orleans, 1770-1804*, at v, 1-35 (1969). If fifty additional instruments are estimated for the various posts, the total for the Spanish period comes to about four hundred. If there were dowry provisions in twenty-five per cent. of these, those one hundred dotal written agreements would vastly outnumber the few instances of dowry for which there is evidence on the far western frontier.

In the light of the findings of existing research of marital agreements from the eighteenth century that most Louisiana marriage contracts did not provide for dowry, it is odd to find the statement in La Dig. 1808 III 5 9 at 324-325 (not derived from the Code Napoléon) that «most ordinary conventions» were settlements of dowry and donations of the parties to each other.

In a study of dowries in central New Spain for the latter half of the seventeenth and most of the eighteenth century the investigators found «fewer dowries than we expected». Lavrin - Couturier, *Dowries and Wills: A View of Women's Socioeconomic Role in Colonial Guadalajara and Puebla, 1640-1790*, 59 H A H R. 280, 282 (1979)

ation of separate property, a definition of the character of future acquisitions and miscellaneous provisions for marriage gifts. There is little written evidence of merely dotal arrangements anywhere in the region⁴. Instances of written agreements dealing with *arras* were rare everywhere.

On the western frontier during the Spanish and Mexican periods the giving of any significant property as dowry was confined to a few prosperous families. Such provisions for dowry presupposed financial ability of parents to divest themselves of an interest in lands or fungible moveables, such as money or livestock. By the nature of frontier life, such property in any quantity could not be spared except by the prosperous of which there were not many. A few cattle or sheep might constitute a marriage gift, but such a provision would scarcely warrant a written agreement⁵. Even in those rare instances when lands were given as dowry in New Mexico⁶, the agreement to transfer does not appear to have been put in writing. Thus, although the law itself was dowry-con-

⁴ Occasional instances of written dotal agreements are found in the New Mexican records of the eighteenth century. See, for example, Diego Arias Deguinos Ana María Domingues (Santa Fe, August 16, 1714), SANM I, reel 2, frames 233-234; *Xiran de Tegeda v. Domingues* (Santa Fe, August 1, 1716), SANM I, reel 2, frame 219, action by husband against wife's father for money owed as part of dowry; *Bettia v. Gutierrez* (October 31, 1767), SANM II, reel 10, frames 318-324. There are also some mid-nineteenth century disputes that involved arrangements which were apparently oral. See note 6, *infra*.

Until the promulgation of the Royal Decree of October 8, 1798, junior military officers were required to show adequate dowry in requesting permission to marry. Hence, some further evidence of eighteenth century frontier dotal arrangements should be preserved in the military archives.

Only one true written dotal agreement has been found that was executed in Texas. John B. B. Davenport - Maria C. Edwards, 1B Blake Transcripts (Nacogdoches Archives, University of Texas, Austin) 235 (November 12, 1829). Another dealt solely with *arras*. See note 12 *infra*.

⁵ Perrigo, *Some Laws and Legal Proceedings of the Mexican Period*, 26 N M H R 244, 235 (1951), 27 N M H R 66 at 76 (1952), seems to illustrate this point. This is the brief record of an 1833 trial of a New Mexican dispute involving marriage gifts, including livestock. See also Perrigo, *The Personal Interests of Juan Geronimo Torres*, 26 N M H R 158 (1951), Perrigo, *New Mexico in the Mexican Period, As Revealed in the Torres Documents*, 29 N M.H.R. 28 (1954).

⁶ *Chavez v. McKnight - Gutierrez*, 1 N. Mex. 147 (1857), involved such an agreement of 1826, *Martínez v. Lucero*, 1 N. Mex. 208 (1857), concerned a dowry of land in 1828.

scious, the giving of dowry (and *arras*) on the Hispanic frontier generally went unrecorded.

The clothing, linens, furniture and other paraphernalia which a bride brought to her marriage were not usually termed part of the dowry as a matter of law⁷. Dowry was meant to be productive of income. Although dowry was returnable to a widow on her husband's death, or passed to her heirs if the wife predeceased the husband, the husband was expected merely to return the value of the property rather than the property received *if he took the dowry at an agreed valuation*⁸. Lands, however, were not customarily valued on receipt, because it was anticipated that they would remain intact. A few livestock handed over at or before marriage by the bride's father would probably not be accompanied with any agreement as to value. The written dowry agreement would ordinarily make some provisions for a widow and her heirs on marital dissolution by death, but such concerns were not of much significance on the frontier because dowered marriages were uncommon⁹.

Provisions for *arras* or *donatio propter nuptias* were much rarer than dowry agreements. Though the draftsmen of the Louisiana Digest devoted over forty articles¹⁰ to dowry, they made no specific mention of *arras* and may have meant to consolidate the types of marriage settlements¹¹. In Texas there was a all striking example of *arras* that accompanied the marriage of an ambitious Anglo-American into a well-to-do Mexican family in which the marriage contract consisted wholly of the husband's donation to his bride¹². In those rare instances when *arras* was

⁷ See I J FEBRERO, *op. cit.* note 1 *supra*, *Escrituras* I.2 1 11 at 302-303

⁸ *Ibid*, I 2 1.7-8 at 300-301.

⁹ The wills of frontier husbands in Louisiana, New Mexico and Texas sometimes stated that their wives had no dowry. See, for example, Will of Miguel de Castro (May 16, 1752), Bexar Archives, San Antonio.

¹⁰ La. Dig 1808 III.5 12 at 324-325, 16-.54 at 326-335, .73 at 338-339, .90 at 342-343; III 9.15, 17- 18 at 454-455

¹¹ La. Dig. 1808 III.5.17 (following Code Napoléon art 1541) provided that all that was settled on the wife was part of the dowry unless otherwise agreed.

¹² James Bowie-Maria Ursula Veramendi, *Carta de pago de Dote propter nuptias*, Bexar Archives, San Antonio (April 22, 1831) The form of this instrument is clearly derived from I E. DE TAPIA, ed., *Febrero Novísimo* 68 (1828) or an earlier edition of Febrero's work where the same form appeared. There is also provision for *arras* in one other written dotal agreement recorded in Texas, though it was

given, it helped to provide for the widow on the husband's death and on her death passed to her heirs.

A strong French dotal tradition¹³ preceded the Spanish occupation of Louisiana and may to some degree explain the retention of the institution in the French population there. At any rate the practice of giving dowry was better established and longer-lived in Louisiana than elsewhere on the Spanish northern frontier, and only in Louisiana was the law applicable to dowry codified. Expressed in terms based largely on the Code Napoléon¹⁴, the rules, compiled in the Louisiana Digest and perpetuated in the Civil Codes of 1825 and 1870, nevertheless largely mirrored the Spanish law in effect with respect to the disposition of dotal property on the death of a spouse. When compared to old Spanish law, there were, nevertheless, some shifts of emphasis in favor of the widow with respect to dotal lands and her right of support on her husband's death¹⁵ and an adjustment of the law in favor of the husband's creditors¹⁶.

actually executed prior to the couple's marriage in Louisiana Adolphus Sterne-Rosina Ruff (January 2, 1828, recorded in Nacogdoches in 1830), Blake Transcripts (Nacogdoches Archives), University of Texas, Austin

¹³ On the basis of the work of A. FORSYTH - G. PLEASANTON, *Marriage Contracts in French Louisiana, 1725-1768* (1979) and his own, Professor Baade estimates that there were «well over three hundred» marriage contracts executed in Louisiana during the period of French rule, Baade, *Marriage Contracts in French and Spanish Louisiana A Study in «Notarial» Jurisprudence*, 53 Tul. L. Rev. 1, 24 (1978). However, Professor Baade found provisions for *dot* less frequent than in 30.8 per cent of the contracts as found in a similar study of metropolitan France J. LELIEVRE, *La Pratique des Contrats de mariage chez les Notaires au Chatelet de Paris de 1769 à 1804* (1959); Baade, *op. cit.* 17 n. 83, 25

¹⁴ About eighty per cent of the articles of the Louisiana Digest that dealt with dowry were verbally derived from the Code Napoléon or its *Projet*. On the other hand there were other provisions, like those dealing with flocks and herds, La. Dig. 1808 III.5.50 at 332-333, which were derived from J. FEBRERO, *Librería de Escribanos: Escrituras* I 2.1.9 at 301-302 (1783) and Part. IV.11.21. There is no similar provision in the Code Napoléon.

¹⁵ La. Dig. 1808 III.5.34 at 330-331, *cf.* J. FEBRERO, *op. cit.* note 1 *supra*, I.2.1.7-8 at 300-301 La. Dig. 1808 III.5.52 at 332-333 *cf.* J. FEBRERO, *op. cit.* note 1 *supra*, I 2.1.37 at 325. There were other changes that did not directly affect post mortem disposition. *See*, for example, La. Dig. 1808 III.5.19 at 326-327 (following Code Napoléon art. 1543), *cf.* Part. IV.11.1 *See also* La. Dig. 1808 III.5.6 at 324-325 (following *Projet* of 1800 III.10.5) that the provisions of marital agreements in general were not subject to alteration during marriage.

¹⁶ La. Dig. 1808 III.5.53 at 332-336, *cf.* J. FEBRERO, *op. cit.* note 1 *supra*,

As time passed the practice of giving dowry waned as Lower Louisiana society became more and more Americanized. Dowry disputes (which normally arose concerning agreements made several decades earlier) were common in the appellate courts of Louisiana until about 1860. Thereafter, they became less common and after 1893 they do not occur at all in the appellate reports¹⁷. When the dowry rules were reenacted in 1870, dowry was a dying institution, and it would be surprising to find many dowry provisions in marriage contracts thereafter, although the Louisiana practice of entering into written marriage contracts for other purposes continued at a slackening pace.

In 1824, a wealthy public figure of northern Louisiana made testamentary bequests to two parishes¹⁸ to provide for the young women of those parishes. The history of the administration of those bequests confirms the decline of the institution of dowry. In 1888 the Louisiana legislature allowed diversion of the income from one of the parish funds to general educational purposes¹⁹. Although the fund has continued to be administered in West Baton Rouge Parish, it is merely a sort of public marriage bounty, and it is probably only in that parish that any vestige of dowry remains today²⁰. All of Louisiana's codal authority for dowry was finally repealed in 1979²¹.

I.2.1.9-19 at 302-308; *ibid.*, I.2 2 50-54 at 335-339; 1 *ibid.*, *Juicios* I.3.1.30-35 at 28-33, 3 *ibid.*, *Juicios*|I 3 2.87-89 at 681-683, no 98 at 688 See also La Dig 1808 III.9 17 at 454-455

¹⁷ See Morrow, *Matrimonial Property Law in Louisiana*, 34 Tul L Rev 3, 11 (1959)

¹⁸ Will of Julien Poydras de Lalande (1746-1824) (Pointe Coupée Parish, Louisiana, April 16, 1822) The testator, a bachelor of New Roads who had presided successively over the Legislative Council (1804), the Louisiana constitutional convention (1812) and the upper house of the Louisiana legislature (1812-1813, 1820-1821), made bequests of \$30,000 each to the parishes of Pointe Coupée and West Baton Rouge to provide dowries from the income In the provision for the Pointe Coupée bequest it was directed that «the revenue shall be used for dowries to be given to all the girls of the parish who get the chance of being married and those in pitiable circumstances shall always be given preference»

¹⁹ 1888 Louisiana Gen Laws 60, no 58, § 1

²⁰ For 1986, the income of the fund was distributed to the husbands of 73 brides of the parish. For earlier comments on the administration of this Fund, see H. DAGGETT, *The Community Property System of Louisiana*, 115 n. 5 (1945); Louisiana Library Commission, *Louisiana, A Guide to the State*, 451 (1945)

²¹ 1979 Louisiana Gen. Laws 1886, no 710, § 1 at 1887

Although the Louisiana Code provided the model for the marriage-contract provisions which were enacted by both Texas²² and California²³, the laws of neither state mentioned dowry. The legislative draftsman of the New Mexican succession act of 1852²⁴ made only one passing reference to the institution of dowry in the context of the division of successions, though it was amply dealt with in the Spanish works²⁵ on which he relied. It may be surmised that dowry arrangements had ceased to be made in New Mexico by the end of the nineteenth century, though there is no concrete information to support this assertion. In Texas and California, as far as anyone knows, the giving of dowry in Hispanic families had probably ceased somewhat earlier.

2. GANANCIAL PROPERTY

The first Hispanic territory acquired by the United States was organized as the Mississippi Territory which was gradually enlarged and was later partitioned to form the states of Mississippi and Alabama. Much of the region had been subject to British rule from 1763 to 1783, and the American congressional act of 1798²⁶ which enunciated the rule of «common law» laid the way for sub-

²² 1839-1840 Texas Gen. Laws 3, §§ 5-7 at 5, 2 H. GAMMEL, *Laws of Texas* 177 (1898), modeled on La Civ Code 1825 arts. 2305-2310.

²³ 1850 California Gen. Laws 254, ch. 103, §§ 16-23 (particularly §§ 16, 20-23). Other western states which enacted marriage contract provisions did not look to the law of Louisiana but merely borrowed from the laws of California or Texas.

²⁴ 1851-1852 New Mexico Gen. Laws 352, 361, art. III, § 4 1 at 358, 368. The only other mention of marriage contracts in any New Mexican statute prior to the enactment of 1907 New Mexico Gen. Laws 46, ch. 37, §§ 22-24, is in 1884 New Mexico Gen. Laws 44, ch. 14, § 5, and both of those provisions are in general terms with no allusion to dowry.

²⁵ P. MURILLO VELARDE, *Práctica de Testamentos* 42-44 (Santa Fe, 1850); 2 J. ALVAREZ, *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias* II 7.1 Apéndice (1820), which the draftsman had omitted from the abbreviated Taos version which he had published for the use of his pupils in 1842. J. ALVAREZ, *Instituciones de derecho Real de Castilla y de Indias... L'omados los Lugares más Importantes de los Tomos I.II.III y IV, que hacen la obra, para el curso, de los discípulos del P.A. José Martínez* (Taos, New Mexico 1842-1843).

²⁶ 1798 2nd Sess. United States Statutes at Large 549, ch. 28, § 6 at 550.

sequent Anglo-American legislation. Thus the Hispanic tradition of succession was almost wholly eradicated from the Mississippi Territory at the turn of the nineteenth century.

Anglo-Americans who formulated the first laws of the newly organized territory may have been slightly aware of Hispanic principles of matrimonial property law, but those principles were not regarded as a practicable alternative to Anglo-American principles²⁷. Hence in the laws of the territory not a trace of the Spanish law of marital sharing survived.

The second American acquisition of former Hispanic territory was the vast province of Louisiana. The division of the western Mississippi River Valley into two territories in 1804²⁸ had the effect of detaching the northern Missouri region from the legal influence of New Orleans. The annexation of this district to the established Indiana Territory East of the river virtually assured its legal future along Anglo-American lines. Hence the adoption of «common law» by the Missouri legislature in 1816²⁹ was almost preordained by prior events.

Thus Hispanic principles were replaced with Anglo-American institutions of maintenance for widowhood in both the Mississippi and Missouri Territories. Anglo-Americans who controlled the law-making process in both regions seem to have adopted Anglo-American principles as a matter of course. Although in both Mississippi³⁰ and Missouri³¹ there was a subsequent judicial awareness of the legal system that had been displaced, there was no apparent inclination to revert to it. In the state of Mississippi, which was created in 1817, however, a concern for the property rights of married women emerged by the end of the 1830s and

²⁷ These principles were first enacted as 1802-1803 Mississippi Gen. Laws 30, § 11.

²⁸ The area to the north was at first made a part of Indiana Territory as the Louisiana District and then the area west of the Mississippi River north of Orleans Territory was organized as the Louisiana Territory. When Orleans Territory was admitted to the federal union as the state of Louisiana in 1812, Louisiana Territory became Missouri Territory, consisting of what are today the states of Missouri and Arkansas.

²⁹ 1816 Missouri Gen. Laws 32, § 1

³⁰ See W. HAMILTON, *Anglo-American Law on the Frontier: Thomas Rodney and his Territorial Cases* 321 (1953)

³¹ *Cutter v. Waddingham*, 22 M 206 (1855)

the enactment which followed³² seems to have affected the formulation of Texas's adherence to community property doctrine soon afterward³³.

But the seeming indifference of the first wave of Anglo-American migrants to Hispanic marital property law did not recur on the western frontier, and subsequent development of Spanish law in the West was in large measure modeled on concepts embodied in the Louisiana Code. When the Louisiana Digest³⁴ was drafted in the first decade of the nineteenth century for a predominantly French population, the principle of marital sharing under a common-property system was so well established that no other system of matrimonial property seems to have been considered for enactment. Although much of the Louisiana Digest was based on the language of the Code Napoléon, the matrimonial property system defined in the Digest was not that of the community of moveables of the French Code, but the prevailing Spanish regime of common property of acquisitions and gains. The initial objective of the draftsmen of the Digest of 1808 was *not* seen as one of drawing a distinction between the English and Spanish regimes in terms of separate property. Hence the particular elements of marital property law went almost undefined³⁵. In terms of common property, however, the Digest of 1808 defined the regime in a manner that is clearly derived from the Fuero Real³⁶ and the Laws of Toro³⁷. Thus a truly Castilian definition of the ganancial estate was made available to Anglo-American

³² See Moncrief, *The Mississippi Married Women's Property Act of 1839*, 47 J. Miss. Hist. 110 (1985), Brown, *Husband and Wife-Memorandum on the Mississippi Woman's Law of 1839*, 42 Mich. L. Rev. 1110 (1944). See also Younger, *Marital Regimes: A Story of Compromise and Demoralization Together, with Criticism and Suggestions for Reform*, 67 Cornell L. Rev. 45, 60-61 (1981).

³³ See McKnight, *Texas Community Property Law - Its Course of Development and Reform in Essays in the law of property presented to Clyde Emery* 30, 31-32 (1975).

³⁴ The proper name of this code is *A Digest of the Civil Laws now in Force in the Territory of Orleans*, but it is referred to here by its more familiar name, the Louisiana Digest.

³⁵ See La. Dig. 1808 III 5 67 at 336-337 (separate property), La. Dig. 1808 III 5 64, 68 at 336-337 (community property). Both marital estates were more precisely defined in La. Civ. Code 1825 art. 2314.

³⁶ Fuero Real III 3.1, 3. See also Leyes de Estilo 203.

³⁷ Leyes de Toro 77.

lawyers in Texas, California and elsewhere to supplement their limited knowledge of the Hispanic matrimonial regime existing in those regions.

As is illustrated by the judicial decisions of the time, the courts of Louisiana treated the law of matrimonial property as defined in her Digest as perpetuating Spanish law. In two disputes involving ganancial property in 1811 and 1813³⁸, for example, counsel for the parties relied in their arguments on the works of such writers as Juan Matienço, Antonio Gómez, Antonio Ayerve de Ayora, Alfonso de Azevedo, Pedro Sigüenza, Francisco Muñoz de Escobar, Josef Febrero and José Juan Colom as well as provisions of the Partidas, the Laws of Toro and the Nueva Recopilation. A significant variety of Spanish legal sources were evidently available, and there were capable judges and advocates to use them, though many of those judges and lawyers had only recently arrived from the United States.

The Floridas were acquired by the United States from Spain in 1819, but Americans in the region greatly outnumbered Spaniards by the time that sovereignty was transferred and a new government for the territory of Florida was instituted in 1821³⁹. Although English law⁴⁰ was adopted in 1822 and a specific act was passed to provide for surviving widows along the lines of English law⁴¹, it was also provided that the rights «of any person» vested under prior law were protected⁴². In 1824 this provision was clarified and strengthened to protect the older settlers in their rights «established and derived by marriage under the civil law of Spain»⁴³. But though the ganancial rights of former Spanish

³⁸ *Beauregard v Piernas*, 1 Mart 281 (La. 1811), *Pizerot v. Meuillon's Heris*, 3 Mart 97 (La 1813).

³⁹ Report of Mr [Henry Marie] Brackenridge to Governor [Andrew] Jackson, July 26, 1821, 2 W LOWRIE - W FRANKLIN, eds, *American State Papers Miscellaneous* 902 (1834); Governor [Andrew] Jackson to the Secretary of State [John Q. Adams], October 6, 1821, *ibid.*, 909, 910.

⁴⁰ 1821-1822 Florida Gen. Laws 53. The principle of reception was reiterated and the applicable English law was redefined in 1823 Florida Gen Laws 111

⁴¹ 1821-1822 Florida Gen Law 124, clarified in 1825 Florida Gen. Laws 30 and 1828 Florida Gen. Laws 15, § 1, amended 1838 Florida Gen. Laws 35, § 1

⁴² 1821-1822 Florida Gen. Laws 53, § 4 at 54, replaced by a similar provision in 1823 Florida Gen Laws 111, § 3 at 112.

⁴³ 1824 Florida Gen Laws 189

subjects were subsequently recognized both judicially⁴⁴ and by special legislation⁴⁵, there does not seem to have been any inclination to extend the ganancial regime to the entire population.

But on the western frontier the response of the second wave of migrant Anglo-Americans was decidedly different. During the peaceful settlement of Mexican Texas by Anglo-Americans, Anglo-American lawyers among the settlers became familiar with the ganancial principle as the prevailing rule of law. After becoming an independent republic (in 1836) Texas received the law of England as its «rule of decision» in 1840. The principle of the common gains of marriage was nonetheless retained. But although the initial definition of ganancial property⁴⁶ included all moveables brought into a marriage except slaves, it is apparent that the draftsmen of the statute were using Louisiana law as their principal model⁴⁷. In the provisions of the Texas Constitution of 1845 under which she joined the United States, common property of spouses was redefined in a way that more closely adhered to the Spanish tradition as transmitted by the code of Louisiana.

As elsewhere in the western United States where the Spanish ganancial system was adopted, a conscious choice was made between the Hispanic matrimonial property regime and that of Anglo-American law. In making the choice and in defining the common property, the Anglo-American draftsmen of the fundamental definition thought primarily in terms of making adequate provision for the surviving *widow*, whose rights in Anglo-American law of the time were very limited. The constitutional definition adopted in Texas in 1845, which was copied by California and Nevada, was put in these terms:

⁴⁴ *Le Sasser v Alba*, companion case of *Alba v Hubbell*, Records of the Florida Territorial Court of Appeals (1830-1834), Tallahassee

⁴⁵ 1833 Florida Gen. Laws 129 This was an act to allow a widow, as her deceased husband's executrix, to sell his lands. It was recited that the widow «was by the laws of Spain, entitled to one half [of the lands] in her own right»

⁴⁶ 1839-1840 Texas Gen. Laws 3, § 4 at 4, 2 H GAMMEL, laws of Texas 177, 178 (1898)

⁴⁷ §§ 5-7 of the act, which dealt with marriage contracts, was derived from La. Civ Code 1825 arts 2305-2310 See McKnight, *Texas Community Property Law - Its Course of Development and Reform in Essays in the Law of Property Presented to Clyde Emery* 30, 31-32 (1975)

All property, both real and personal, of the wife, owned or claimed by her before marriage, and that acquired afterward by gift, devise, or descent, shall be her separate property; and laws shall be passed more clearly defining the rights of the wife, in relation as well to her separate property as that held in common with her husband.. ⁴⁸

This formulation is better understood when it is appreciated that its draftsmen sought to distinguish the characteristics of the Spanish regime from that of Anglo-American law, under which the moveable property of a wife became that of her husband at marriage and all of the profits of marriage belonged to him alone. It is notable that this basic definition of the ganancial regime was phrased in terms not of the common property but in terms of the separate or *paraphernal* property of the wife, which was the principal focus of difference as the Anglo-Americans saw it. Those who formulated this definition were more familiar with Anglo-American principles and took those as their basic point of departure. For the Anglo-American lawyer, definition of the common property was secondary to the definition of *separate* property. In Texas the legislature supplied this gloss of the constitutional regime in 1848 in terms of the property interests of both spouses:

[A]ll property acquired by either husband or wife, during the marriage, except that which is acquired [by gift, devise, or descent] shall be deemed the common property of the husband and wife, and during the coverture may be disposed of by the husband only. . ⁴⁹

Similar definitions of common property (in terms of the separate property excluded from it) were subsequently adopted in the West ⁵⁰. It was everywhere initially provided that the husband's

⁴⁸ Texas Constitution art Seventh, § 19 (1845) This section went on to provide «Laws shall be also passed providing for the registration of the wife's separate property.»

⁴⁹ 1848 Texas Gen. Laws 77, ch 79, § 3 at 78, 3 H GAMMEL, *Laws of Texas* 77 (1898).

⁵⁰ California Constitution, art XI, § 14 (1849), 1849-1850 California Gen. Laws 254, ch 103, §§ 1-2, Nevada Constitution, art. IV, § 31 (1864), 1864-1865 Nevada Gen. Laws 239, ch 76, § 1-2, 1865 Arizona Gen. Laws 60, ch. 31, §§ 1-2, 1866-1867 Idaho Gen. Laws 65, ch 9, §§ 1-2 at 65-66, 1869 Washington Gen Laws 318, §§ 1-2,

control of the common property would prevail during marriage, and this predominance of the husband in intervivos property management was consistent with his role in the Anglo-American system⁵¹. It seems to have been ordinary practice, nonetheless, in many areas for the wife to join in transfers of common land (and sometimes in those affecting the husband's separate land) following the Anglo-American practice by which the wife's joinder signified her renunciation of her vested interest to enjoy one-third of the husband's lands after his death. In some instances the joinder of both the spouses in disposing of common land was required before the end of the nineteenth century⁵². It was everywhere understood, however, that the husband might not dispose of more than his share of the common estate if he were the first to

1884 New Mexico Gen. Laws 176, ch 80, § 21 at 180, repealed 1901 New Mexico Gen. Laws 112, ch 62, § 32 at 118, reenacted 1907 New Mexico Gen. Laws 46, ch 37, §§ 8-10 at 47

⁵¹ La Dig 1808 III.5 66 at 336-337, La Civ Code 1825 art. 2373, La Civ. Code 1870 art 2404; 1848 Texas Gen. Laws 77, ch 79, § 3 at 78, 3 H. GAMMEL, *Laws of Texas* 77 (1898), 1849-1850 California Gen. Laws 254, ch 103, § 9; 1864-1865 Nevada Gen. Laws 239, ch 76, § 9 at 240, 1865 Arizona Gen. Laws 60, ch 31, § 9 at 61, 1867 Idaho Gen. Laws 65, ch. 9, § 9 at 67, 1869 Washington Gen. Laws 318, § 9 at 320, 1907 New Mexico Gen. Laws 46, ch 37, § 16 at 48

Except in Louisiana and New Mexico, the husband was initially also given control of the wife's separate property subject to her joinder in the sale or encumbrance of her lands, 1848 Texas Gen. Laws 77, ch 79, § 2, 3 H. GAMMEL, *Laws of Texas* 77 (1898), 1849-1850 California Gen. Laws 254, ch. 103, § 6, repealed and replaced by California Civ. Code 1872 § 162, 1864-1865 Nevada Gen. Laws 239, ch 76, § 6, repealed and replaced by 1873 Nevada Gen. Laws 193, ch 99, § 9 at 194; 1865 Arizona Gen. Laws 60, ch 31, § 6, repealed and replaced by 1871 Arizona Gen. Laws 18, §§ 1-2; 1866-1867 Idaho Gen. Laws 65, ch. 9, § 6 at 66, repealed and replaced by 1903 Idaho Gen. Laws 345 § 2 at 346, 1869 Washington Gen. Laws 318, § 6 at 319, repealed and replaced by 1881 Washington Code § 2400 at 414 See Prager, *The Persistence of Separate Property Concepts in California's Community Property System, 1849-1975*, 24 U.C.L.A.L. Rev 1 (1976).

⁵² Although it was generally required that both spouses join in any transfer of the family home, only Washington, Arizona and Idaho required joinder of spouses in making transfers and encumbrances of other community land 1879 Washington Gen. Laws 77, § 8 at 78, 1884-1885 Idaho Gen. Laws 137, § 1, 1887 Arizona Revised Statutes § 225 at 92. New Mexico required joinder of spouses in making transfers of community lands with the enactment of 1915 New Mexico Gen. Laws 123, ch. 85, § 1, and California enacted such a requirement in 1917 California Gen. Laws 829, ch 583, § 2

die⁵³. The reality of the wife's interest in the common property was only realized on the husband's death.

In New Mexico, when the law began to be codified after the American invasion of 1846, the Hispanic matrimonial regime of the common gains of marriage was presupposed as an established norm without any felt-need for codification. The ganancial system was merely alluded to in a general way in connection with some of the laws of succession, which were codified earlier⁵⁴. It was not until forty years later that New Mexicans finally codified the basic rules of matrimonial property law for the purposes of succession. In 1901, however, the New Mexicans enacted a statute which went a long way toward abandoning the Spanish system of intervivos common-ownership while utilizing Hispanic terminology and preserving Hispanic norms of succession⁵⁵. But in 1907 New Mexico adopted a definition of matrimonial property⁵⁶ based on that of California and the institution, thus revived, has been since maintained.

Both California and Nevada adopted provisions in their constitutions which were verbally identical to Texas's constitutional definition⁵⁷, and Arizona, Idaho, and Washington adopted similar provisions by statute. Although the ganancial concept proved to

⁵³ See I W DE FUNIAK, *Principles of Community Property* 561-564 (1943) The wife who died first also had the testamentary disposition of common property (subject to the same limitations applicable to the husband in Louisiana and Idaho, *ibid*, 563), though in California (between 1850 and 1923), in Nevada (between 1873 and 1957) and in New Mexico (between 1907 and 1975) the wife's testamentary power was seriously curtailed or non-existent California: *ibid*, 562 n 84, 1849-1850 California Gen Laws 254, ch 103 § 11 at 255 (wife's heirs seemingly took by intestacy), replaced by 1923 California Gen. Laws 29, ch. 18, § 1 (Civil Code § 1401), Nevada 1873 Nevada Gen Laws 193, § 10 at 194 (the surviving husband ordinarily took the entire community estate), replaced by 1957 Nevada Gen Laws 359, ch 264, § 1, New Mexico. 1907 New Mexico Gen Laws 46, ch. 37, § 26 at 49 (the surviving husband ordinarily took the entire community estate), replaced by 1975 New Mexico Gen Laws 1109, ch. 257, § 2-804 at 1151

⁵⁴ See, e.g., 1851-1852 New Mexico Gen. Laws 352, 361, art III, §§ 2(3), 4, 5 at 358-359, 368, 1871-1872 New Mexico Gen. Laws 29, ch 17, § 1, 1888-1889 New Mexico Gen Laws 208, ch 90, § 21 (§§ 1410-1411) at 213-214, 1901 New Mexico Gen Laws 112, ch. 62, § 7 at 113

⁵⁵ 1901 New Mexico Gen Laws ch. 62, § 1, 112 *But see ibid* § 7 at 113

⁵⁶ 1907 New Mexico Gen Laws 46, ch 37, §§ 9-10 at 47

⁵⁷ Although the Texas constitutional provision containing the definition of mar-

be attractive to many of the Anglo-American settlers of those states, it was not adopted everywhere that it was evidently discussed. It is apparent, for example, that the matrimonial property provisions of the California Constitution has an impact on the constitutional definition of married women's property rights in Oregon⁵⁸, but the Spanish system was not adopted there.

As the law of shared marital profits has developed in the United States, the ganancial estate is defined in two different ways. In only three of these states (Louisiana, Texas and Idaho) has the Hispanic rule of sharing been maintained in its original terms that the spouses share all the gains of the marriage whether generated by the labor of the spouses or by their *bienes propios*, or separate property. In Louisiana⁵⁹ and in Idaho⁶⁰ statutory

ital property has been amended in 1948 and 1980 to allow intervivos partitions of the common property, the definition as formulated in 1845 has been maintained. But the constitutional provisions of California and Nevada have been significantly altered to allow both legislative and contractual changes in the definition of common property. Since 1966 all of the community property states have substantially changed their rules of management of the community so that it is shared between the spouses.

⁵⁸ Oregon Constitution art. XV, § 5 (1857) provided that the property and pecuniary rights of every married woman at the time of marriage, or afterwards acquired by gift, devise, or inheritance shall not be subject to the debts or contracts of the husband, and laws shall be passed providing for the registration of the wife's separate property. The conjecture of C. CAREY, ed., *The Oregon Constitution and Proceedings and Debates of the Constitutional Convention of 1857* 481 (1926), that this provision was derived from the Michigan Constitution of 1850, art. XVI, § 5, which it resembles in some respects, overlooks two facts: (1) that the Oregonian provision was the consequence of a floor amendment limiting the section as originally drafted, Carey, *op. cit.*, at 369, and (2) that the provision concerning registration of the wife's separate property is clearly drawn from the California Constitution of 1849, art. XI, § 14. See the text at note 48 for the language of the Texas provision of 1845 which had been borrowed by California.

⁵⁹ By unilateral formal act a married woman was allowed to determine that the profits of her separate property should also be her separate property. 1944 Louisiana Gen. Laws 836, no. 286, § 1, amending La. Civ. Code 1870 art. 2386. This power is now exercisable by either spouse. 1979 Louisiana Gen. Laws 1868, no. 709, La. Civ. Code art. 2339 (1980).

⁶⁰ 1887 Idaho Rev. Stat. § 2497. If the wife provided in the instrument by which property was acquired that the income from it would be her own, it would be her separate property. This rule was amended by 1980 Idaho Gen. Laws 777,

means were, nevertheless, provided to the wife for unilateral designation of profits from separate property as her separate property. In Texas, on the other hand, although income from separate property was defined as community property, certain profits of separate property derived from the sale of contents of the soil (such as minerals⁶¹) were construed as constituting part of the separate property. In the other five states that adopted the ganancial regime, the spouses share the gains produced by their labor, but the gains generated by their own properties belong to the owner of the property which produced the profit⁶², with an apportionment of profit to the common estate (for expenditure of labor) on the dissolution of the marriage⁶³. Although this mode of

ch 300, § 2, Idaho Rev Stat § 32-906 (Supp 1982), which seems to preclude this result. See W BROCKLEBANK, *The Community Property Law of Idaho* 110-111, 170 (1962).

⁶¹ By the use of Anglo-American tracing doctrines these are defined in Texas as *part* of the land and hence of separate property character. See *Commissioner of Internal Revenue v Wilson*, 76 F 2d 766 (U S 5th Cir 1935)

The old Spanish law defined as separate property acquisitions from the sovereign, even if remunerative, as well as the profits of war acquired by a soldier unsupported by the common estate. Fuero Real III 3 1-2, Recop V 9 2-3, Nov Rec X 4 1-2, J LOPEZ DE PALACIOS RUBIOS, *In Librum Quartum Decretalium Gregorii* 20 65, Basanoff, *Bienes Castrenses*, 8 N Mex H Rev 273 (1933) Although some earlier decisions in Louisiana, Texas and California tended to follow the old Spanish rule in this regard, that view has long since been abandoned. *Gayoso de Lemos v García*, 1 Mart N S. 324 (La 1823), *Noé v Card*, 14 Cal. 576 (1860), *Fisk v. Flores*, 43 Tex 340 (1875), *Ames v Hubby*, 49 Tex 705 (1878) The United States Supreme Court, however, has recently tended to such an approach in viewing acquisitions from the national sovereign. *Hisquierdo v. Hisquierdo*, 439 U S 572 (1979), *McCurdy v. McCurdy*, 453 U S 210 (1981)

⁶² Although a general statutory definition similar to that of Texas was provided successively in California, Nevada, Washington, Idaho, Arizona and finally in New Mexico, the income from each spouse's separate property was excluded from the common estate in all of these states except Idaho, in accordance with California's statutory model enacted immediately after her Supreme Court had so interpreted the California constitutional provision along Anglo-American lines. *George v Ransom*, 15 Calif 322 (1860); 1861 California Gen Laws 310, ch 323, § 2 at 310-311

⁶³ The ways by which this apportionment is arrived at in California is explained in *Beam v Bank of America*, 6 Cal 3d 12, 490 P.2d 257 (1971) There is a discussion of the application of these principles elsewhere in the West in W. REPPY-C. SAMUEL, *Community Property in the United States* 137-139 (2d ed 1981).

allocating interests between marital estates on the dissolution of marriage was not derived from Spanish sources, it is still somewhat similar to the Hispanic approach for reckoning credits and debits between marital estates long employed in Texas⁶⁴. Texas courts derived their rules from Asso and Manuel⁶⁵ who in turn relied on Ayerve de Ayora⁶⁶. Though Texas courts have tended in recent years to abandon Ayora's mode of computing the amount of reimbursement in some instances⁶⁷, the Texas system remains fundamentally Spanish in this regard.

In computing the share of the surviving spouse in common property, an American court will first apply its definition of the marital estates and will then make a determination of a separate interest in particular property as it may be proved. In determining the separate or common character of property acquired with the proceeds of sale of separate property, American law has generally treated all such proveable reinvestments as separate property, not merely those traceable to sales or exchanges of separate lands as asserted by the Spanish commentators⁶⁸. However, Louisiana long tended to accept the narrower Hispanic view and in times past imposed some significant difficulties of proof on a claimant of separate property in such cases⁶⁹.

⁶⁴ *Rice v Rice*, 21 Tex. 58, 66-67 (1858), *Furrh v Winston*, 66 Tex. 522, 524, 1 S.W. 527, 529 (1886). The Louisiana system of reimbursement between marital estates is somewhat related to the Spanish method but is directly based on French sources. La. Dig. 1808 III 5 70 at 338-339, based on Code Napoléon art. 1437, La. Civ. Code art. 2377, *Babin v Nolan*, 4 Rob. 278 (La. 1843), 6 Rob. 508 (La. 1844), 10 Rob. 373 (La. 1845), *Waggaman v. Zacharie*, 8 Rob. 181, 187-188 (La. 1844), *Depas v Riez*, 2 La. Ann. 3 (La. 1847).

⁶⁵ I. ASSO-M. MANUEL, *Institutes* 58 (L. Johnston, trans., 1825), I ASSO-M. MANUEL, *Instituciones* 94-95 (7th ed., J. Palacios, ed., 1806), citing Fuero Real III.4.9.

⁶⁶ A. AYERVE DE AYORA, *Tractatus de Partitionibus Bonorum*. Acknowledging some difference of opinion on the point, Ayora expressed the view, *ibid.* I.10 2, that the measure of reimbursement for benefits rendered by one marital estate to another should be the cost expended rather than the value of enhancement to the benefited estate, even though enhancement was virtually inevitable in times of economic inflation.

⁶⁷ *Lindsay v Clayman*, 151 Tex. 593, 600, 254 S.W. 2d 777, 781 (1952); *Anderson v Gilliland*, 684 S.W. 2d 673 (Tex. 1985).

⁶⁸ J. MATIENÇO, *Commentaria on Recop.* V.9 2, gl. 2 nos. 3-4; J. GUTIÉRREZ, *Practicarum Quaestionum* Q. 117.

⁶⁹ See W. REPPY-C. SAMUEL, *Community Property Law in the United States* 77-90.

Without regard to the approach used in *defining* the ganancial system, in all American states that have adopted it, common property is now treated as divisible in halves on the death of one spouse for purposes of either testate or intestate succession. By the great weight of Castilian authority as effectively stated by Juan Matienço, this result was inevitable because each spouse had been co-owner of the profits of the marriage throughout the union⁷⁰. There was, nonetheless, a contrary point of view expressed by Tello Fernández⁷¹. Reverting to Anglo-American concepts and a misunderstanding of Spanish texts, a number of the American states initially reached the view of Fernández but for reasons very different from those he expressed. Thus, for a very long time, Louisiana, California, Idaho, New Mexico and Nevada followed the rule that the wife's right to a half-share of the ganancial property, or her exercise of testamentary disposition of that share, existed only when she survived her husband⁷². However, this persistence of Anglo-American outlook

(2d ed 1981), 1912 Louisiana Gen Laws 310, no 170, § 1, amending La. Civ. Code 1870 art. 2334; La Civ Code arts 2338, 2341 (1980) enacted by 1979 Louisiana Gen Laws 1857, no 709, § 1 at 1865-1867, Morrow, *Matrimonial Property Law in Louisiana* in W. FRIEDMANN, ed, *Matrimonial Property Law* 29, 44-47 (1955), Clark, *Matrimonial Property Law in New Mexico and the Western United States* in *ibid* 89, 104-105 *Savenat v. Le Breton*, 1 La. 520 (1830), was the turning point in the departure from the Spanish rule Huie, *Some Principles of Texas Community Property Law*, in J. CHARMATZ-H DAGGETT, eds., *Comparative Studies in Community Property Law* 115, 116-118 (1955). What Clark says of Texas law at 105 is misleading

⁷⁰ See J. MATIENÇO, *Commentaria* on Recop. V 9.2, gl. 3 especially no. 13. A limitation was generally acknowledged, however, that if cohabitation did not occur immediately after marriage, common ownership was postponed until cohabitation began.

⁷¹ See T. FERNÁNDEZ MEJÍA, *In Leges Tauri* on law 16.

⁷² The *fons et origo* of his confusion was the decision of the Louisiana Supreme Court in *Guice v Lawrence*, 2 La Ann. 226, 228 (1847). It was followed by the California Supreme Court in *Panaud v. Jones*, 1 Cal. 488, 517 (1851), and *Van Marten v Johnson*, 15 Cal. 308, 312 (1860), and by Idaho in *Halls v Johns*, 17 Idaho 224, 228, 105 Pac. 71, 72 (1909). Initially New Mexico gave each spouse testamentary power to dispose of his or her community share 1851-1852 New Mexico Gen Laws 352, 361, art. I, § 2 at 354, 364. In 1907, however, New Mexico adopted an Anglophonic approach by which the wife had no dispositive power over the common property unless she survived her husband. 1907 New Mexico Gen Laws 46, ch 37, § 26 at 49-50, *Reade v De Lea*, 14 N M 442, 463, 95 Pac 131, 138 (1908),

had almost wholly disappeared by 1930⁷³, and in this respect all the American community property states now maintain a doctrinal position consistent with that of their Spanish model in spite of initial adherence to an Anglophonic departure.

In California an immediate force behind the change was not equalization of spousal rights or a striving for *elegantia juris* but a desire to avoid the rigors of the American revenue laws regulating income taxes. As a result of the decision of the United States Supreme Court⁷⁴ that California law gave a married woman a mere expectancy to share in the common gains of marriage, the California law was changed by statute⁷⁵. In the course of preparing the case for trial a great deal of research was done on old Spanish law and a formidable library of Spanish works on the subject was assembled⁷⁶. As a consequence of that research Professor de Funiak published the principal American treatise on the law of ganancial property⁷⁷, two volumes of English translations of the works of Spanish commentators were prepared⁷⁸,

rev'd sub nom Arnett v. Reade, 220 U S 311, 320 (1911) Nevada had taken a similar approach. 1874 Nevada Gen Laws 193, § 10

⁷³ In Idaho, *Kohny v. Dunbar*, 21 Idaho 258, 121 Pac 544 (1912), New Mexico, *Beale v Ares*, 25 N M 459, 185 Pac. 780 (1919); and Louisiana, *Phillips v Phillips*, 160 La 813, 826 107 So. 584, 588 (1926), the change came by way of judicial decisions. The change in California, 1927 California Gen Laws 484, ch 265, § 1, and Nevada, 1957 Nevada Gen. Laws 359, ch 264, § 1, was made by legislation. In New Mexico, however, legislation was needed to complete and clarify the rule, 1973 New Mexico Gen Laws 1253, ch. 276 § 2 at 1254, now codified as 1978 New Mexico Statutes § 45-2-102B

⁷⁴ *United States v. Robbins*, 269 U.S. 315 (1926). In Texas, concern for federal death taxes has twice contributed to constitutional reform by which spouses have been empowered to change the character of their marital property by agreement. Texas Constitution, art. XVI, § 15, amendments of 1948 and 1980.

⁷⁵ 1927 California Gen. Laws 484, ch. 265, § 1

⁷⁶ L. ROBBINS, *The Lloyd M. Robbins Collection on Community Property* (Sacramento 1933)

⁷⁷ W. DE FUNIAK, *Principles of Community Property* (San Francisco, 2 vols 1943, supp 1948), the first volume of which has been slightly edited as W DE FUNIAK-M VAUGHN, *Principles of Community Property* (Tuscon, 1971).

⁷⁸ L ROBBINS-B MURPHY, *Laws of Toro 1505* (Lausanne, 1929), a translation of the commentaries of S. Llamas y Molina on some of the Laws of Toro, L ROBBINS, *Community Property Laws with Commentaries Thereon of Matienzo, Azevedo & Gutiérrez* (Sacramento, 1940).

and a bibliography⁷⁹ and a collection of biographies of Spanish commentators⁸⁰ were published. It was the most academically productive litigation which the subject of community property has generated in the United States.

Except for that portion which was transmitted by a spouse's will, a Castilian spouse's half of the common estate passed to his or her heirs⁸¹. The *Fuero Juzgo*⁸² had provided that the surviving spouse took *from* an intestate spouse only after collaterals of the seventh degree, and the *Partidas* extended the rights of heirs to the tenth degree⁸³. Although the Regulation of 1786⁸⁴ clearly provided that a decedent's estate escheated to the treasury after that which passed to collaterals in the fourth degree, the rule of the *Partidas*⁸⁵ that the *dote*, *donatio propter nuptias*, and the rest of a wife's property passed to her husband in the absence of descendants and collaterals of the tenth degree continued to be expressed⁸⁶. In 1844 Louisiana departed significantly from the Hispanic model by enacting the rule that on the intestacy of a spouse if the decedent's community share passed to the mutual issue of the deceased spouse and the surviving spouse, the surviving spouse should have a usufruct in it⁸⁷, thus postponing the descendants' right of present enjoyment for the lifetime of the surviving spouse. In 1837 Texas had provided that in the absence

⁷⁹ See note 76 *supra*

⁸⁰ L. ROARK, *Translation of Biographies of Noted Spanish Commentators* (San Francisco, c. 1930)

⁸¹ See J. MATIENÇO, *Commentaria* on Recop. V 9 2 (*Fuero Real* III.3 1), gl. 3, nos. 9, 13, 15, A. AZEVEDO, *Commentariorum* on Recop. V 9 6, gl. 4, J. GUTIERREZ, *Practicarum Quaestionum*, Q. 123 no. 1

⁸² *Fuero Juzgo* IV 2 11.

⁸³ Part IV 13 6

⁸⁴ Nov. Rec. X 22 6

⁸⁵ Part IV 11 23

⁸⁶ In I I ASSO-MANUEL, *Instituciones* 86 n. 2 (7th ed. 1806, J. Palacios, ed.), Palacios said that neither Nov. Rec. X 22 1 (Recop. V 8 12) nor the Regulation of 1786, Nov. Rec. X 22 6, on escheats specifically varied the rule of reciprocal heirship of surviving spouses and seemed to favor descent to the surviving spouse. As to *arras* see *ibid.* 89-90 n. 1. But Asso-Manuel themselves were seemingly of the contrary view *ibid.* 212-213 and 213 n. 1

⁸⁷ 1844 Louisiana Gen. Laws 99, no. 152, § 2, La. Civ. Code 1870 art. 916. This may have been inspired by art. 52 of the *Coutume de Bordeaux*.

of heirs of the decedent the surviving spouse took the whole of a deceased spouse's estate on intestacy⁸⁸, and that provision was repeated in 1840, but with respect to common property only⁸⁹. In 1872 New Mexico provided that in similar circumstances the surviving spouse would take the decedent's share of the common property⁹⁰. In 1923 California carried this innovation a step further by providing that the surviving spouse would take the intestate deceased spouse's half of the common estate regardless of the existence of surviving ascendants or descendants⁹¹. The California rule was adopted in Nevada, Idaho and New Mexico⁹² and ultimately in Washington⁹³. Thus in those states the whole of the ganancial estate belongs to the surviving spouse on the intestacy of the other. In Texas the intestate deceased spouse's interest in the common estate has continued to pass to the decedent's descendants⁹⁴, and Arizona and Washington followed Texas's approach in this regard until recently⁹⁵. In Arizona today, if there are no mutual descendants of the decedent and

⁸⁸ 1837-1838 Texas Gen Laws 106, § 2, 1 H Gammel, *Laws of Texas* 1448 (1898)

⁸⁹ 1839-1840 Texas Gen. Laws 3, § 4 at 4, 1 H Gammel, *Laws of Texas* 177, 178 (1898)

⁹⁰ 1871-1872 New Mexico Gen Laws ch 17, § 1, 29 (1872) There is no indication that this statute, of which the original was enacted in Spanish, was inspired by the law of any other state

⁹¹ 1923 California Gen Laws 29, ch 18, § 1 (Civil Code § 1401), however, pursuant to 1983 California Gen Laws 3018, ch 842, § 55 at 3080 (Probate Code § 6401), the surviving spouse of a decedent dying after January 1, 1985, takes only one-half of the deceased spouse's share of the common property and the rest passes to the decedent's heirs

⁹² That approach still prevails in each of those states 1975 Nevada Gen Laws 557, ch 393, § 17 (§ 123 250) at 561-562 as amended by 1981 Nevada Gen Laws 779, 1971 Idaho Gen Laws 233, ch. 111 § 1 (§ 15-2-102) at 248, 1975 New Mexico Gen Laws 1109, ch 257, § 2-102 at 1127-1128 Through careless copying of an Idaho law, a similar provision was adopted in Montana, where the community property system was not in effect 1877 Montana Gen. Laws 239, § 551 at 368-69. But that provision was later judicially invalidated *Chadwick v Tatum*, 9 Mont. 354, 23 Pac 729, 733 (1890)

⁹³ 1967 Washington Gen. Laws 817, ch. 168, § 2 at 818-819, as amended by 1974 Washington Gen. Laws 284, ch 117, § 6 at 288.

⁹⁴ Texas Probate Code § 45 (1955)

⁹⁵ See Clark, *Matrimonial Property Law in New Mexico and the Western United States* in W FRIEDMANN, ed *Matrimonial Property Law* 89, 127 (1955).

the surviving spouse, all common and separate property of the deceased spouse passes to the surviving spouse. But if there are descendants not of the surviving spouse, none of the decedent's share of the common estate, as well as only half of the decedent's separate estate, passes to the surviving spouse⁹⁶. Thus today in most of the American states employing the ganancial regime, the surviving spouse's right to the decedent's intestate share of the common property is favored over the decedent's descendants.

Intervivos management of the common property by the husband may result in its being so depleted that at the death of one of the spouses there is relatively little to divide. One of the topics that most perplexed the Spanish commentators was that of the right of the husband as manager of the community to squander it or to make gifts of it to strangers. A great diversity of opinion was expressed. The *lex scripta* merely stated that, as manager of the common property, the husband had the power to dispose of it unless he had done so «por defraudor o domnificar a la mujer»⁹⁷. Matienço⁹⁸ and Palacios Rubios⁹⁹ took a very strict view of the husband's fiduciary responsibility and construed as fraudulent toward the wife any gifts made of the common property, even to children of a prior marriage¹⁰⁰. On the other hand, Antonio Gómez¹⁰¹ and Juan García¹⁰² took the view that unless the wife could prove a fraudulent intent on the husband's part, his gratuitous dispositions of common property were valid and that fraud was never presumed. Other jurists tended toward one or the other of these views or adopted positions that fell between them. For example, Sala¹⁰³ chose to steer a middle course: that the husband could make gifts of moderate amounts but not very

⁹⁶ 1973 Arizona Gen. Laws 347, ch 75, § 4 at 363-364.

⁹⁷ Law of Henry IV at Santa Maria de Nieva (1473); Nov. Rec X.4.5. Antecedents of the general rule on management of the common estate, without the proviso concerning fraud, are found in Fuero Viejo V 1 8 and Leyes de Estilo 205.

⁹⁸ J. MATIENÇO, *Commentaria* on Recop V 9.5., gl. 6 nn. 3-5.

⁹⁹ J. LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, *De Donationibus Inter Virum et Uxorem* § 66, n 28

¹⁰⁰ See discussion in 22 Q MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil concordado y comentado Extensamente* 311-312, 327-328 (1905).

¹⁰¹ A. GÓMEZ, *Ad Leges Tauri*, law 53, gl 73-75

¹⁰² J. GARCÍA DE SAAVEDRA, *De Conjugali Acquaeatu* no 66.

¹⁰³ See 1 J. SALA, *Ilustración* I.4.24 at 43 (2nd ed. 1820).

large ones without good cause. The subject has also produced diverse views in the United States. In Louisiana¹⁰⁴ and Texas¹⁰⁵ where the Spanish traditions of matrimonial property law have proved strongest, the Gometian view (consistent, as it was, with the primacy of the husband's position) tended to prevail until recently. Then the Louisiana legislature turned the law in the opposite direction¹⁰⁶ and the Texas courts have followed academic thinking almost into the camp of Matienço¹⁰⁷. Thus the old disputes between the Spanish commentators have been once again fought in North America. In the western states a view tending toward that of Matienço has long prevailed with respect to the husband's donations of moveables, and with respect to land the western states have required joinder of the spouses in all conveyances¹⁰⁸.

Two additional points with respect to the ganancial regime require mention: (1) the ability of a couple prior to marriage to contract out of those rules with the consequential effect on rights of succession and (2) the liability of a widow for obligations incurred by the deceased husband and the power of the widow to avoid those debts by renunciation of her share in the common property. Whether a couple about to be married (or spouses) might

¹⁰⁴ Louisiana Civil Code 1870 art. 2404 provided that «the husband may dispose of the movable effects by a gratuitous and particular title, to the benefit of all persons» but he cannot give away the whole, or a quarter of the movables» *intervivos* nor can he donate community immovables *intervivos* «unless it be for the establishment of the children of the marriage». See Morrow, *Matrimonial Property Law in Louisiana* in W. FRIEDMANN, ed., *Matrimonial Property Law* 29, 48-49 (1955).

¹⁰⁵ *Dunn v. Vineyard*, 234 S.W. 99, 103 (Tex. Civ. App. 1921), is the high-water-mark of the Gometian view in Texas.

¹⁰⁶ La. Civ. Code art. 2349 (1980), enacted by 1979 Louisiana Gen. Laws 1857, no. 709, § 1.

¹⁰⁷ See J. MCKNIGHT - W. REPPY, *Texas Matrimonial Property Law* 166, 170-171 (1983).

¹⁰⁸ See W. REPPY - C. SAMUEL, *Community Property Law in the United States* 233-241 (2d ed. 1981). Without spousal joinder some of these states treat the conveyance of land as absolutely void whereas in others it is merely voidable or does not pass the interest of the non-participating spouse. *Ibid.*, 223; J. MCKNIGHT - W. REPPY, *op. cit.* 155. In Texas the spouses need not join in making a conveyance of land unless it is subject to their joint management. Texas Family Code § 5.22(c) (1975).

contract out of the ganancial regime or other spousal benefits provided by law was very doubtful under nineteenth century Spanish law¹⁰⁹. Though earlier commentators had recognized that such contracts might be entered into¹¹⁰, the incidence of such agreements must have always been small¹¹¹. The argument that such contracts could be made (at least prior to marriage) rested on the authority of Law 60 of Toro¹¹² that a wife might renounce her community interest. Matienço therefore found an inference that the husband could make a similar renunciation¹¹³. In Castilian practice of the eighteenth and nineteenth centuries, however, such marriage contracts as were ordinarily entered into were devoted to agreements regulating *dote* and *arras*, and the future spouses did not seek to alter the character of *bienes propios* or *bienes gananciales*. Thus succession was not significantly affected by such contracts except insofar as marriage gifts were provided which would be available to the surviving spouse.

On the Anglo-Hispanic frontier of North America in the nineteenth and early twentieth centuries the use of marriage

¹⁰⁹ Sánchez Román interpreted the absence of a rule allowing contracts for separation of property as a prohibition of such undertakings prior to the enactment of the Spanish Civil Code 1889 arts 1315, 1432, 1458 which authorized such contracts 5 F SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho Civil*, vol 1, 859-860 (1912) But he went on to say that betrothed couples could have entered into such contracts in those regions where the regime of separation of property was specially recognized by local fueros *Ibid*, 454-455 See also 4 C VALVERDE Y VALVERDE, *Tra-tado de Derecho Civil Español* 273 (1913).

¹¹⁰ See, for example, J MATIENÇO, *Commentaria* on Recop V 9 9 (Nov Rec X 4 9), 2 S LLAMAS Y MOLINA, *Leyes de Toro* 311 n 2 on Recop V.9 9 (Law of Toro 60) gl 3, 1 J SALA, *Ilustración* 43 (2nd ed 1820)

¹¹¹ Font Ruis, *La Ordinación Paccionada del Régimen Matrimonial de Bienes en el Derecho Medieval Hispánico*, 8 A A M N 189, 236-237 (1954), found no instance of a contract providing for separation of property in the Castilian documents that have survived from the medieval period This state of affairs did not appear to have changed very much, if any, by the mid-nineteenth century See 3 F GARCIA GOYENA, *Concordancias* 262 (1852)

¹¹² *Leyes de Toro* 60, incorporated in Recop as V.9 9 and in *Nov Rec* as X 4 9 See A GÓMEZ, *Ad Leges Tauri*, law 60 gl 1, J MATIENÇO, *Commentaria* on Recop V 9 9, gl 1, no 1, gl 2, no 2 and on Recop. V 9 2, gl 1, nos 58-59, A AZEVEDO, *Commentariorum* on Recop V 9 9, gl. 1-3, 6-7, 2 S LLAMAS Y MOLINA, *Leyes de Toro* 311 n 2 on Recop. V 9 9, gl. 3

¹¹³ J MATIENÇO, *Commentaria* on Recop V 9 9, gl. 2, no 2, A. AZEVEDO, *Commentariorum* on Recop V 9 9, gl 13-14

contracts to change the character of marital acquisitions was not common except in Louisiana, and the tradition there was French in the sense that alteration of the marital regime was allowed and sometimes agreed¹¹⁴. With the increasing prevalence of divorce, however, such contracts have become more common elsewhere. Although all the American community-property states have maintained marriage contract statutes, they are also essentially French in tone, copied as they were from the provisions of the Louisiana Civil Code of 1825¹¹⁵ which was derived in language and spirit from French models¹¹⁶ which, *inter alia*, forbade alteration of a premarital contract during marriage¹¹⁷.

Another type of premarital agreement was also prevalent in Spanish Louisiana though not elsewhere. It was the agreed inventory of the wife's separate property or that of both parties to the marriage. If the bride's property were received by the groom at an agreed value, this constituted a sort of a dowry contract by which property became that of the groom who would then merely owe the agreed amount rather than the return of the property itself. But such appraised inventories were rare even in Louisiana, where written contracts of dowry were more common than elsewhere on the northern Hispanic frontier. On the other hand, an agreed, *unappraised* inventory as a species of marriage contract persisted in rural Louisiana until the recent past¹¹⁸. Its

¹¹⁴ See Baade, *Marriage Contracts in French and Spanish Louisiana, A Study in «Notarial» Jurisprudence*, 53 Tul L Rev 1 (1978)

¹¹⁵ La Civ Code 1825 arts 2305-2310 Its predecessor was La Dig. 1808 III 5 1, .3-.7 at 322-325

¹¹⁶ Projet du Gouvernement III 10 3-5, 9 (1800) and Code Napoléon arts. 1387-1389, 1398.

¹¹⁷ Projet du Gouvernement III.10.5 (1800), La Dig 1808 III 3 6 at 324-325, La. Civ Code 1825 art 2309, La. Civ. Code 1870 art. 2329 Louisiana Matrimonial Regimes Act La Civ. Code art. 2329 (effective January 1, 1980), however, allows alteration *with judicial approval* unless the spouses shift to the *legal* regime, in which case judicial approval is not required.

¹¹⁸ See H. DAGGETT, *The Community Property System of Louisiana* (1945) From its creation in 1911 to 1930, Evangeline Parish had recorded 264 marriage contracts and most of them consisted of little more than inventories of separate property.

Anglo-Americans who had recently arrived in Texas in the nineteenth century

function was merely to identify property brought into a marriage for the purpose of reclamation on dissolution of the marriage.

During the period of French rule in Louisiana ¹¹⁹ the great majority of marriage contracts had provided that in the absence of children of a marriage, the survivor would take the entire estate of the deceased spouse, but only a few agreements so provided during the period of Spanish rule ¹²⁰. Although such provisions were allowed by the *Fuero Real* ¹²¹ and were therefore sanctioned by Asso and Manuel ¹²², possible encroachment on the rights of surviving ascendants is readily apparent ¹²³.

Texas ¹²⁴, New Mexico ¹²⁵, and Arizona (to some extent) ¹²⁶ maintained principles that were consistent with Hispanic practice of the nineteenth century which treated the marital regime as incapable of alteration by a marriage contract. But all of these states have recently turned away from that tradition ¹²⁷.

occasionally entered into such agreements, presumably motivated by a misconception that on marriage the wife's property became part of the community or that moveables became the property of the husband as under the law that once prevailed in many Anglo-American jurisdictions. The only useful purpose that such agreements served was to preserve evidence of what property constituted the wife's separate estate.

¹¹⁹ See Baade, *op. cit.* note 114, 17-18 at nn. 86-87, 47-48 at n. 238. See also I C FERRIERE, *Commentateurs Anciens et Modernes sur la Coutume de Paris* cxii, art. 280 (2nd ed., N. le Camus, ed., Paris, 1714); R. POTHIER, *Traité de Donations entre Mari et Femme* nos. 257-271 in 7 *Oeuvres de Pothier* 548-550 (2nd ed., M. Bugnet, ed., Paris 1845).

¹²⁰ Baade, *op. cit.* at 53, n. 262. See also *ibid.*, 47-48 nn. 238-239, 86, nn. 455-458.

¹²¹ *Fuero Real* III 6.9

¹²² I. ASSO - M. MANUEL, *Instituciones* 109-110 (6th ed. 1805)

¹²³ I I ASSO - M. MANUEL, *Instituciones* 190 n. 1 (7th ed. by J. Palacios 1806). See Otero, *Mandas Entre Conyuges*, 27-28 A.H.D.E. 399, 404-405 (1957-1958). See also Baade, *op. cit.* 47-48 Under Part. VI 13 6 (see also Part. IV 11.23), on intestacy the survivor of a childless marriage took only if there were no kin of the decedent within the tenth degree.

¹²⁴ See *Burton v. Bell*, 380 S.W. 2d 561 (Tex. 1964), *Gorman v. Gause*, 56 S.W. 2d 855 (Tex. Comm. App. 1933).

¹²⁵ See *McDonald v. Lambert*, 43 N. Mex. 27, 85 P.2d 78 (1938)

¹²⁶ See *In re Mackerich's Estate*, 93 Ariz. 129, 379 P.2d 119 (1963).

¹²⁷ Texas Constitution art. XVI, § 15 (1980), 1973 Arizona Gen. Laws ch. 75, § 11, 347 at 529-530; *Chavez v. Chavez*, 56 N. Mex. 393, 244 P.2d 781 (1952)

Under Castilian law, on the husband's death his creditors could seek satisfaction for half of his debts contracted during marriage from his widow who took half of the ganancial estate¹²⁸. Correlatively the widow might collect one-half of all debts owed to her deceased husband¹²⁹. But just as a decedent's heirs might renounce their inheritance in order to avoid liability for the decedent's debts, his widow was allowed to renounce her share of the common estate and thus avoid her part of community liability¹³⁰. Among American states only Louisiana perpetuated the principle of the widow's renunciation¹³¹, and that right was significantly curtailed when the United States Supreme Court concluded in 1971 that the right could not be exercised to avoid a widow's federal tax liability¹³². Other American community-property jurisdictions have required the payment of all debts of a deceased spouse from the common estate before any division of it is made¹³³. But, if the common estate is insolvent, there is no consequential liability that falls on the surviving spouse merely because that debt was made by the decedent for a community purpose.

Following the pattern set by Texas in 1840¹³⁴, the legislature of the western community property states treated succession to community and separate property independently and very awkwardly so. Whereas the surviving spouse tended to be favored on intestacy over the decedent's heirs as to common property, the order of succession to separate property tended to follow the

¹²⁸ J HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philippica* II 10 6

¹²⁹ I. ASSO - M. MANUEL, *Instituciones* 304 (6th ed. 1805).

¹³⁰ *Leyes de Toro* 60, S LLAMAS Y MOLINA, *Leyes de Toro*, law 60, gl. 1; Mozos, *La renuncia de la Sociedad Legal de Gananciales*, 13 A.D.C 62 (1960)

¹³¹ La Dig. 1808 III 5 72 at 338-339, La Civ Code 1825 art 2379, La Civ. Code 1870 art 2410

¹³² *United States v Mitchell*, 403 U S 190 (1971).

¹³³ For example, 1851-1852 New Mexico Gen. Laws 352, 361, art. 3, § 4 at 358, 368, provided that the common property was liable for all common debts, and that the net amount remaining after payment of debts would be divided between the surviving spouse and the heirs. The section also provided that if any of the wife's separate property should have been mixed with the common property, she was entitled to its value as a preferred claim except as against bona fide creditors without knowledge of the claim

¹³⁴ 1839-1840 Texas Gen. Laws 132, 2 H GAMMEL, *Laws of Texas* 306 (1978)

Anglo-American pattern in favor of the decedent's kin. But in this regard there was a considerable diversity of approach derived from Anglophonic sources. Anglo-Americans were very familiar with the concept of solely owned property of spouses and therefore treated it in their usual way. Co-owned property of spouses as a result of their mutual exertions was unfamiliar to Anglo-Americans and they treated it as a unique type of property, seemingly oblivious of the fact that it closely resembled the Anglo-American tenancy-in-common and was also very similar to their tenancy in partnership. Thus a diversity of disposition remains and can cause great complexity in the division of intestate estates.

The ganancial system was not only adopted in the American West where no Hispanic population had settled, but the system has also had a significant impact on all American citizens as a result of its influence on the federal tax system. Because spouses in the common-property estates were allowed to split their combined incomes in halves for reckoning federal income taxes and thus to achieve a lower combined tax than would have fallen on the one spouse who earned most of the income, six American jurisdictions¹³⁵ adopted the ganancial system by statute in the 1940s so that their citizens might pay lower federal income taxes¹³⁶. But the federal tax law was changed in 1948 not only to allow spouses a choice whether they would pay their income taxes jointly (at a favorable joint rate) or singly, but also to extend to all Americans the benefits that community-property law had provided with respect to gift and death taxes¹³⁷. Two of the six jurisdictions which had embraced the ganancial system had already reverted to their former laws and the other four promptly did so¹³⁸. The lasting consequence of this interaction between the

¹³⁵ The states of Michigan, Nebraska, Oklahoma, Oregon and Pennsylvania and the territory of Hawaii.

¹³⁶ See Surrey, *Federal Taxation of the Family - The Revenue Act of 1948*, 61 Harvard L. Rev. 1097, 1104 (1948) See also W. DE FUNIAK - M. VAUGHN, *Principles of Community Property* 535-536 (2d ed. 1971).

¹³⁷ Surrey, *op. cit.* at 1104-1111 (income tax), 1117-1121 (death and gift taxes).

¹³⁸ See Younger, *Marital Regimes: A Story of Compromise and Demoralization, Together with Criticism and Suggestions for Reform*, 67 Cornell L. Rev. 45, 69-70 (1981)

ganancial system and American federal tax law is the joint system of taxing spouses which still prevails¹³⁹.

A wider familiarity with the ganancial system over the last half century not only produced significant changes in the states where it has been established¹⁴⁰, but such familiarity has also prompted discussion of its adoption in other states. After long deliberation the state of Wisconsin adopted a ganancial system in 1983¹⁴¹, but some time must elapse before her doctrinal development of the system may be measured in comparative terms.

3. SUPPLEMENTARY RIGHTS

Besides a half of the common gains of marriage, the general law of Castile gave significant further protection to the surviving widow. The *Fuero Juzgo*¹⁴² had provided for the right of each surviving spouse to a child's portion in the estate of the other. But the *Partidas*¹⁴³ merely provided an adaptation of Justinian's fifty-third novel¹⁴⁴ by which a poor widow without dowry might be awarded up to a fourth part of her deceased husband's property in an amount not to exceed «one hundred pounds in gold». Sala's comments¹⁴⁵ on this provision suggest that the judges of the late eighteenth century had been inclined to justify small awards in reliance on this monetary limitation. Sala therefore re-

¹³⁹ United States Internal Revenue Code § 6013 (1986)

¹⁴⁰ Modernization has been achieved largely by reform of *intervivos* management of common property which now tends to be shared by the spouses. See Bartke, *Community Property Law Reform in the United States and in Canada: A Comparison and Critique*, 50 *Tulane L. Rev.* 213 (1976), W. REPPY - C. SAMUEL, *Community Property in the United States* 205-215, 228 (2d ed. 1982)

¹⁴¹ 1983-1984 Wisconsin Gen. Laws 1153, act 186, § 47 (§ 766.31) at 1164-1165, as amended by 1985 Wisconsin Gen. Laws 571, act 37, §§ 76-83 at 579-580 (effective January 1, 1986); Taylor & Raabe, *Wisconsin's Uniform Marital Property Act. Community Property Moves East*, 12 *Comm. Prop. J.* 83 (1985)

¹⁴² *Fuero Juzgo* IV 2.13,15.

¹⁴³ Part VI 13.7. There is no comparable provision in the *Fuero Real*

¹⁴⁴ Nov. Just. LIII 6. See also Nov. Just. CXVII 5.

¹⁴⁵ J. SALA, *Ilustración del Derecho Real de España* II.8.5 at 224 (2nd ed. 1820)

ferred to the work of Covarrubias¹⁴⁶ and Gómez¹⁴⁷ to show that the restriction should be broadly interpreted in the light of the current monetary equivalent¹⁴⁸ of the Justinianic limitation. The maximum amount that a widow could claim was computed on the entire value of the husband's estate, whether he died testate¹⁴⁹ or intestate. Thus in making an award to the widow there would always be a prospect of encroaching upon the legitime of the heirs, but more particularly the claims of legatees, who might be expected to resist the claim.

Following the model of Justinian's novel, the draftsmen of the *Partidas* defined the poor widow as one without dowry. Late eighteenth and early nineteenth century Spanish writers¹⁵⁰ seemed to stress comparative financial insecurity, or need, rather than lack of dowry. If a widow were poor, a lack of adequate dowry, as well as an absence of an adequate ganancial share, might have been presupposed. It would therefore seem that the widow's share must have been sought mainly from her deceased husband's separate estate, though none of the writers mentioned this point.

The right of the widow to claim up to a fourth part of the husband's estate has given that institution its common name, *la cuar-*

¹⁴⁶ Covarrubias fixed the limitation at the equivalent of 7200 castellanos of his time D COVARRUBIAS, *Veterum Numismatum Collatio* VI 5

¹⁴⁷ J. AYLLÓN LAYNEZ, *Illustrationes sive additiones ad varias resolutiones Antonii Gomezii*, II 4 7 See also J. GUTIERREZ, *De Juramento Confirmatorio* I 7 5-7

¹⁴⁸ Following F. MUÑOZ DE ESCOBAR, *De Ratiociniis Administratorum et Computationibus* II 1 14-17, Febrero in turn rendered the reference to Roman money at the rate of 485 maravedis for each castellano rather than 450 as reckoned by others. Thus the limitation would have been 3,492,000 maravedis rather than 3,240,000 2 J. FEBRERO, *Librería de Escribanos. Juicios* II 3 4 171 at 279-280 (3d ed. 1786) However, J. Gutiérrez, *op cit*, I 7 6 had valued a castellano at 544 maravedis In the mid-nineteenth century the limitation was calculated by Gustavus Schmidt as 121,976 reales 16 maravedis vellón (i.e., in terms of the silver and copper alloy then in use) G. SCHMIDT, *The Civil Law of Spain and Mexico* 270 (New Orleans, 1851)

¹⁴⁹ That is, the fourth was to be calculated before the fifth and the third were deducted from the estate See F. MUÑOZ DE ESCOBAR, *op cit*, II.1 14

¹⁵⁰ J. FEBRERO, *Librería de Escribanos: Escrituras* I.1.21.233-234 at 196-198 (3d ed. 1783), 1 J. SALA, *Ilustración del Derecho Real de España* II 8.5 (2nd ed. 1820); 3 J. ALVAREZ, *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias* III.1-13 3 Note (1820)

ta marital. It has also been called the widow's legitim¹⁵¹. Although a literal reading of the text of the Partidas seems to limit the claim to *widows*, both López¹⁵² and Febrero¹⁵³ interpreted the provision in the light of its Roman prototype¹⁵⁴ which allowed awards to surviving *widowers*. Febrero¹⁵⁵ nonetheless mentioned an actual dispute in which the Chancery of Valladolid had reached the contrary conclusion.

As suggested by the text of the Partidas, the draftsmen of the Louisiana Digest of 1808¹⁵⁶ and the Civil Codes that followed¹⁵⁷ relegated the *cuarta* to that part of the code which dealt principally with dowry, and there it remained until 1979 when a short chapter devoted entirely to the marital portion was enacted¹⁵⁸. It is evident from Moreau's catalogue of references related to specific provisions of the Digest of 1808¹⁵⁹ and the notes to his trans-

¹⁵¹ See 7 S. MINGUIJÓN, *Elementos de Historia del Derecho Español* 101-102 (1920), where he mentions the Fueros of Cuenca, Alcazar and Zorita

¹⁵² G. LÓPEZ on Part VI 13 7, gl. 4.

¹⁵³ J. FEBRERO, *op cit* note 1, I 2 1 235 at 198.

¹⁵⁴ See Feenstra, *The «Poor Widower» in Justinian's Legislation* in P. STEIN - A. LEWIS, eds *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C. Thomas* 39 (1983)

¹⁵⁵ *Ibid*

¹⁵⁶ La Dig 1808 III 5 55 at 334-335. The provision refers to those situations when the widow has no dowry or its amount «is but trifling with respect to the condition of the husband» G. LÓPEZ on Part VI.13 7, gl. 3 said that if the dowry was small, it was deducted from the quarter

¹⁵⁷ The provision of the Digest was reenacted in substantially similar terms as La Civ Code 1825 art. 2359 and La Civ Code 1870 art. 2382. By 1926 Louisiana Gen. Laws 175-176, no. 113, § 1, a second paragraph was added to authorize periodic allowances while the succession was in the process of settlement. After slight amendment by 1974 La Gen. Laws 381, no. 115, § 1, it was repealed by 1978 La Gen. Laws 1589, no. 627, § 6 at 1601, effective 60 days after final adjournment of the regular session of 1979, *ibid*, § 9 at 1601, but was reinstated as La Civ Code 2432-2437 by 1979 Louisiana Gen. Laws 1886, no. 710, § 1 at 1887, effective January 1, 1980

¹⁵⁸ 1979 Louisiana Gen. Laws 1886, no. 710, § 1 at 1887, La. Civ. Code arts. 2432-2437 (1980).

¹⁵⁹ In the de la Vergne MS of the Louisiana Digest, interleaf opposite 335, these references are given for art. 55. 1 J. FEBRERO, *Librería de Escribanos. Escrituras* I.1.21.233-235 at 196-198 (3rd ed. 1783); 2 J. FEBRERO, *Librería de Escribanos Juicios* II.2.1.4-5 (3rd ed. 1786), Part VI 12.7 (providing for the *cuarta marital*), Part IV 11.32 (dealing with delivery of the widow's dowry to her or her heirs after her husband's death and the expenses claimable by the husband's heirs).

lation of the Partidas¹⁶⁰ that he and his fellow compiler of the Digest regarded the Spanish *marital portion*, as they termed it, as having particular applicability to widows without dowry or those whose dowry was inadequate for their proper maintenance, as well as those instances when hardship resulted from delay in the surrender of the widow's dowry by the husband's heir¹⁶¹. But following Febrero's suggestion that the *cuarta* should be available to either surviving spouse, the Louisiana Digest's authors provided that the marital portion of one-fourth of the succession of a deceased spouse should pass to *either* surviving spouse¹⁶², but without any upper monetary limit as provided in the Partidas. Interpreting the Partidas as Febrero¹⁶³ did (by reading Justinian's Novel 117 into it) the draftsmen of the Louisiana Digest went on to provide that the surviving spouse's quarter was «in full property» in the absence of children and a usufruct of a quarter when there were three children or less. When there were more than three children, the survivor took a child's share in usufruct. The surviving spouse was obliged to include in the marital portion any testamentary provision made by the decedent. This sliding-scale formula derived from Novel 117 made the award of the marital portion harmonious in operation to the fixing of legitim¹⁶⁴. Inbedded, as these rules were, in the dowry provisions of the Louisiana Digest and succeeding provisions of the Civil Code of

¹⁶⁰ L. MOREAU LISLET & H. CARLTON, *The Laws of Las State Partidas, which are still in Force in Louisiana* 541 (Part IV.11.32), 1102 (Part VI.13.7) (2 vols. New Orleans 1820). A note to the translation of both Part IV.11.32 and Part VI.13.7 refers to La. Dig. 1808 III.5.55 at 334-335.

¹⁶¹ In commenting on the widow's right to support from her deceased husband's property until her dowry is restored, Matienço makes no allusion to any provision of the Partidas. J. MATIENÇO, *Commentaria on Recop. V.9.2* (Nov. Rec. X.4.1) gl. 1, no. 10.

¹⁶² La. Dig. 1808 III.5.55 at 334-335.

¹⁶³ 1 J. FEBRERO, *op. cit.* note 1, 12.1.234 at 197 and 2 *ibid.* *Juicios* II.3.4.173 at 281. Febrero seems to borrow his analysis from López who rested his argument on Nov. Just. CXVII.5. G. López, on Part. VI.13.7, gl. 8. In *Abercrombie v. Caffray*, 3 Mart. N.S. 1 (1824), the difference between Part IV.13.7 and Nov. Just. CXVII.5 is clearly noted, but it appears that the Louisiana Supreme Court read Febrero's account somewhat differently from the way that Moreau had interpreted it.

¹⁶⁴ Febrero also said that the widow's interest was cut to a usufruct if she remarried. 2 *ibid.* *Juicios* II.3.4.174 at 281.

1825¹⁶⁵, they were left undisturbed when the 1844 enactment¹⁶⁶ for community benefits of the surviving spouse were built into the Civil Code of 1870¹⁶⁷. As ultimately amended in 1979¹⁶⁸, Louisiana law maintains the characteristics of the marital portion of 1808.

Although it is evident that the translator of the English version of the New Mexican succession act of 1852 may have had some familiarity with the terminology of the Louisiana Civil Code of 1825¹⁶⁹, there is no evidence that the draftsman of the 1852 act consulted the Louisiana law. Theretofore the Spanish law of succession had been perpetuated by the Kearny Code of 1846, which incorporated the writings of Murillo Velarde by reference¹⁷⁰, and Murillo and Alvarez¹⁷¹ were clearly the principal sources of the provisions on succession in the act of 1852. The New Mexican marital quarter of 1852 was an integral part of the succession act and was handled there with imagination and adaptation. It was provided for *both spouses*, out of the *separate property* of the deceased spouse, but its amount was limited to \$5,000 if there were descendants¹⁷². There was no specific mention of poverty except in reference to the surviving husband, but it was stated that the widow's fourth should be paid from the husband's separate property, thus presupposing the absence of a

¹⁶⁵ La Civ Code 1825 art 2359

¹⁶⁶ 1844 Louisiana Gen Laws 99, no 152, § 2. After this change in the law, if there was a significant community estate, the surviving spouse's situation would have been less likely to be necessitous and the disparity of comparative riches of the spouses would have been less marked

¹⁶⁷ La Civ Code 1870 art 916

¹⁶⁸ 1979 Louisiana Gen Laws 1886, no 710, § 1 at 1887, La. Civ Code arts. 2432-2437

¹⁶⁹ Some familiarity is apparent because he rendered «bienes gananciales» in the Spanish text as «acquest property» in the English text 1851-1852 New Mexico Gen Laws 352, 361, art. III, §§ 2, 4-5 at 358-359, 368.

¹⁷⁰ 1846 New Mexico Gen. Laws (Kearny Code) § 1 at 17

¹⁷¹ See note 25 *supra* and accompanying text

¹⁷² 1851-1852 New Mexico Gen. Laws 352, 361, art III. § 7 at 359, 369 The text of the section is obscure in both the Spanish original and the English translation Although it was provided that the widow's quarter should be set apart after deducting the fifth, it is not clear whether the quarter was computed on the basis of the decedent's entire estate or on the net amount after deducting the fifth.

net community estate¹⁷³. When most of the Hispanic structure of the New Mexican law of succession was repealed in 1889, it was nonetheless provided that on intestacy one-fourth of the decedent's whole estate would pass to the surviving spouse and three-fourths to the children¹⁷⁴. Thus the fraction passing to the survivor seems clearly derived from the tradition of the *cuarta marital*. The same fraction is today in effect with respect to the passing of separate property on intestacy as a result of New Mexico's adoption of the Uniform Probate Code in 1975¹⁷⁵.

¹⁷³ If need was a condition for the award of the *cuarta*, it would have occurred less frequently after 1872 when it was provided that all common property passed to the surviving spouse on default of surviving legitimate children. 1871-1872 New Mexico Gen Laws 29, ch 17, § 1 This provision was presumably meant to apply only on intestacy The original enactment was in Spanish and consisted of only two sections. § 2 merely repealed contrary laws There is no indication that this statute was inspired by the law of any other state

¹⁷⁴ 1888-1889 New Mexico Gen Laws 208, ch 90, § 21 (§ 1411) at 214. On default of issue the entire estate of the deceased spouse passed to the surviving spouse *Ibid.* § 21 (§ 1413) at 214, § 23 at 215. By 1851-1852 New Mexico Gen Laws 352, 361, art II, § 7, 4th at 357, 367, it was provided that the estate of a decedent escheated to the treasury in the absence of descendants (including illegitimate children) and ascendants, though a spouse without descendants or ascendants might dispose of all property by will in favor of a surviving spouse or a stranger who was neither infamous nor incompetent *Ibid.* art I, § 10 In the Spanish tradition the statute also spoke of instituting an heir, but this merely referred to the manner of designating legacies

Most of the Hispanic provisions dealing with succession had probably been inferentially repealed by enactment of 1886-1887 New Mexico Gen Laws 60, ch 32, § 46 at 68. But when that act was repealed in 1889, the provisions of the act of 1852 as reenacted in the Compiled Laws of 1884, were treated as still in effect See 1888-1889 New Mexico Gen Laws 208, ch 90, § 49 at 222.

¹⁷⁵ 1975 New Mexico Gen. Laws ch. 257, § 2-102A(2) compiled as § 45-2-102A(2). See Flickinger, *Intestate Succession and Wills Law The New Probate Code*, 6 New Mex L. Rev. 25-26 (1975) As under pre-1975 law, on intestacy under post-1975 law the surviving spouse takes one-fourth of the deceased spouse's separate property and all of the community if there are issue, and, if there are no issue, all of the separate property as well as the common property The provision is traced through the following chain of statutes: 1897 New Mexico Compiled Laws § 2031, 1901 New Mexico Gen Laws 112, ch 62, § 9 at 114, 1907 New Mexico Gen Laws 46, ch 37, §§ 27-28 at 50; 1915 New Mexico Compiled Statutes §§ 1841-1842; 1929 New Mexico Compiled Statutes §§ 38-105, 38-106, 1941 New Mexico Compiled Statutes § 31-111, 1953 New Mexico Compiled Statutes §§ 29-1-9, 29-1-10

Under 1907 New Mexico Gen. Laws 46, ch 37, § 26 at 49-50, if the wife pre-

Arizona was a part of New Mexico until 1863, when she was separated as a distinct territory with laws of her own. Thereafter there is no trace of the *cuarta* in Arizona law. Nor did it elsewhere survive except in New Mexico and Louisiana. Today it is still intact in Louisiana and its spirit survives in the New Mexican law of intestate succession to separate property.

In Texas there was a lingering familiarity with the Spanish *cuarta* even after its disappearance as a consequence of the reception of Anglo-American law in 1840¹⁷⁶. In 1843 a claim to the *cuarta* came before the Texas Supreme Court with respect to a dispute which had arisen before 1840¹⁷⁷. The court, speaking through Chief Justice Hemphill, resolved the issue on behalf of the widow. At the Texas Constitutional Convention of 1845 Hemphill made an attempt to reinstate the doctrine of the *cuarta* but failed¹⁷⁸. But Hemphill later remarked¹⁷⁹ that the *cuarta* had been already replaced in Texas law by awarding property exempt from creditors' claims to the surviving spouse¹⁸⁰. The notion of exempt

deceased the husband, the entire community estate belonged to the husband without any power of disposition by the wife. Parity of the spouses with respect to the community was restored by 1973 New Mexico Gen. Laws 1253, ch. 276, § 2 at 1254. In 1959 it was provided that on the husband's death intestate, the widow took the whole of the community estate. 1959 New Mexico Gen. Laws 387, ch. 147, § 1. See also 1961 New Mexico Gen. Laws 26, ch. 12, § 1. The 1973 act provided that the surviving husband took the entire community on the death of the wife. 1973 New Mexico Gen. Laws 1253, ch. 276, § 2 at 1254. After the 1973 enactment, 1953 New Mexico Compiled Statutes § 29-1-10 applied to separate property only.

¹⁷⁶ 1839-1840 Texas Gen. Laws 3, § 1, 2 H. GAMMEL, *Laws of Texas* 177 (1898).

¹⁷⁷ *Garrett v. Nash*, Dallam 497 (1843), per Hemphill, C. J. See also *Babb v. Carroll*, 21 Tex. 765, 771 (1858).

¹⁷⁸ W. WEEKS, ed., *Debates of the Texas [Constitutional] Convention, 1845*, 505 (1845) (§ 18 as proposed by the Judiciary Committee of which Hemphill was chairman).

¹⁷⁹ *Green v. Crow*, 17 Tex. 180, 184 (1856).

¹⁸⁰ An Act to amend the Probate Law, 1842-1843 Texas Gen. Laws 14, §§ 1-2, 2 H. GAMMEL, *Laws of Texas* 834 (1898). As Hemphill, C. J., went on to explain, this provision was «enlarged, equalized and rendered certain» in 1846 *Green v. Crow*, 17 Tex. 180, 184 (1856). An Act to organize Probate Courts, 1846 Texas Gen. Laws § 26, 308, 317-318, 2 H. GAMMEL, *Laws of Texas* 1614, 1623-1624 (1898), modified and replaced by 1848 Texas Gen. Laws ch. 157, §§ 44-45, 235 at 248-250, 3 H. GAMMEL, *Laws of Texas* 235 at 248-250 (1898). The provisions of the acts of 1843, 1846 and 1848 show no verbal kinship to the provisions of La. Dig. 1808.III 5 55 at 334-335 and La. Civ. Code 1825 art. 2359.

property in Texas had Hispanic antecedents¹⁸¹, but the extension of the doctrine to benefit the surviving spouse does not seem to have stemmed from any Hispanic model. Along with the Anglo-American allowance for the surviving widow and children during the settlement of a decedent's succession, the exempt property has become a significant provision for the surviving spouse in many American jurisdictions¹⁸² including Louisiana¹⁸³ and New Mexico¹⁸⁴.

In addition to the rights of a surviving widow to the *cuarta*, some local customs of Castile gave the surviving spouse (particularly the widow) a variety of additional related rights to clothing and linens¹⁸⁵ the marital bed and other essential household furnishings¹⁸⁶, beasts of burden and other animals¹⁸⁷, and a place

¹⁸¹ See McKnight, *Protection of the Family Home from Seizure by Creditors: The Sources and Evolution of a Legal Principle*, 86 S W H Q 369 at 370-374, 380-381 (1983).

¹⁸² All the community property states have adopted these rules 1848 Texas Gen Laws 235, ch 157, § 44 at 248-249, Texas Probate Code §§ 286-288 (1986), 1851 California Gen Laws 448, ch 124, §§ 120-123 at 462-463, California Probate Code §§ 6510, 6521 (1985), 1861 Nevada Gen Laws 186, ch 55, §§ 122-124 at 204-205, Nevada Rev Stats §§ 146 010-146 030 (1985), 1901 Arizona Rev Stats §§ 1725-1727 at 501-502, Arizona Rev Stats §§ 14-2401, 2402, 2403 (1986), 1854 Washington Gen. Laws 266, §§ 71-75 at 279, Washington Rev Code §§ 11 52.020- 040 (1986), 1863-1864 Idaho Gen Laws 326, ch 3, §§ 122-124 at 348, Idaho Code §§ 15-2-401, -402, -403 (1979) For Louisiana and New Mexico law, see notes 183 and 184

¹⁸³ See La Civ Code 1870 art 3252 as amended by 1917 Louisiana Gen Laws 25, no 17 (allowance of up to \$1,000), La Civ Code 1870 art 2382 as amended by 1926 Louisiana Gen Laws 175, no 113 (annual allowance based on 5 per cent of marital portion), replaced by art 2437 by 1979 Louisiana Gen Laws 1887, no 710, § 1 at 1892, La Civ Code art 916 I added by 1976 Louisiana Gen. Laws 691 at 694, no. 227, § 1, replaced by art 890, 1981 Louisiana Gen Laws no 919, § 1 (usufruct of family home).

¹⁸⁴ 1888-1889 New Mexico Gen Laws 208, ch. 90, §§ 21-23 at 215 (for the surviving spouse and children under 15 for 6 months), 1978 New Mexico Stats. §§ 42-10-9, -10, 45-2-401, -402 (1975) (expanded to include either surviving spouse and minor children for one year).

¹⁸⁵ Fuero Viejo V 1 5.

¹⁸⁶ Fuero Viejo V 1 5; Fuero de Usagre 77, Fuero de Salamanca 221 See Graue, *The Right of Surviving Spouses Under Private International Law*, 15 A J C.I 164 (1967)

¹⁸⁷ *Ibid.* See also 7 S MINGUIJÓN, *Elementos de Historia del Derecho Español* 101-102 (1920)

to live¹⁸⁸. Some of these rights were expressly provided in the *Fuero Viejo*¹⁸⁹, the *Fuero Real*¹⁹⁰ and other *fueros*¹⁹¹. But if any supplementary rights were accorded to the Hispanic-American surviving spouse by local custom, no mention seems to have been made of them in early frontier records. The first enacted recognition of such rights in Louisiana law is the markedly Hispanic provision in the Civil Code of 1825¹⁹² that the surviving widow who renounced her share of the community estate was entitled to linens and clothing. Whether other Spanish usages with respect to provisions for a surviving spouse prevailed in Louisiana at the beginning of the nineteenth century can only be conjectured¹⁹³, but

¹⁸⁸ See I J BENEYTO PÉREZ, *Instituciones de Derecho Histórico Español* 133-134 (1930), *Fuero de Usagre* 77. This aspect of Philippine law, adopted from the Spanish Civil Code of 1889 arts 834-839, has been thought to relate back to ancient antecedents. Alvarez, *Hereditary Rights of the Surviving Spouse Under the Civil Code*, 11 PHILIPPINE L. J. 1 (1931). The author referred to the *Fuero Juzgo*, but the surviving spouse's right to a child's portion, there provided, is a substantially different sort of right from that discussed here.

¹⁸⁹ *Fuero Viejo* V 1 5

¹⁹⁰ *Fuero Real* III 6.6

¹⁹¹ 7 S MINGUIJÓN, *Elementos de historia del Derecho Español* 101-102 (1920). He mentioned the *Fueros* of Usagre, Salamanca, Cuenca, Alcázar, Zorita and Ledesma. See also 6 J MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español* 548 *et seq* (7th ed T Ogayár y Ayllón, ed 1951), E GACTO FERNÁNDEZ, *La Condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho Visigodo y en los Fueros de León y Castilla* 162-178 (1975).

¹⁹² La Civ Code 1825 art. 2385, La Civ. Code 1870 art 2416. There is no comparable provision in the Code Napoléon or the Louisiana Digest of 1808. All the articles on the widow's renunciation of the community are verbally derived from the Code Napoléon except La Civ Code 1825 art 2385, La Civ Code 1870 art 2416 (linens and clothes) and La Civ Code 1825 art 2386, La Civ Code 1870 art 2417 (judgment taken against the widow as a partner). For the former, a correlative provision is found in La Code of Practice 1825, arts 644, 1140, and its source is identified in the 1823 Project of the Code of Practice as J HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philippica* II 16 5, 19. See also 1817 Louisiana Gen. Laws 126-127, § 4.

¹⁹³ La Dig III 5 52 at 332-333, La Civ Code art 2353, provided that a widow with a dowry might elect to take the income on her dowry for a year or to claim support during that period, and in either case she was entitled during the year to a place to live and mourning clothes, all the cost of which would not be deducted from the income due her. In appeals to the Louisiana Supreme Court it was concluded that this provision, based on Code Napoléon art 1570, excluded the right of a widow without dowry to make a similar claim. *Hagan v Sompeyrac*, 3 La

it was not until 1852 that any other statutory right to moveables was acquired by the surviving spouse¹⁹⁴, and it was not until 1865 that the surviving spouse received a right of occupancy to the family home¹⁹⁵. Both of these Louisiana provisions appear, however, to be derived from the laws of Texas. Thus legal influences tend to wash back and forth across American state boundaries.

CONCLUSIONS

With the mounting incidence of divorce and consequent division of common property between spouses on divorce, the institution of ganancial property has come to be looked upon as an *intervivos* marital right and such it has become. In the early nineteenth century, however, when marriage was seen as a lifetime commitment, the ganancial estate as such served principally as a means of providing for the surviving spouse. It was in the latter respect that it appealed most strongly to the settlers of the American West. From the mid-1820s in the United States the ideology of married women's property rights was an emerging political creed, and many Anglo-Americans were therefore receptive to new ideas which promoted that objective. American couples who moved westward during the nineteenth century in search of cheap land and making a new start in life endured great hardship in the process, and both spouses worked together to make the new land productive. By abandoning the rules of English law in favor of expanded property rights for the surviving wife, frontiersmen sought to give recognition to efforts of their wives. Their encounter with the Spanish ganacial system gave them a model for achieving that aspiration.

154, 159 (1831), *Pool v Pool*, 3 La 465, 466 (1832), *Michot v Flotte's Administratrix*, 12 La 129, 131 (1838) It is perhaps worthy of note that in each of these cases the trial judge had ruled in favor of the dowryless widow

¹⁹⁴ 1852 Louisiana Gen Laws 171, no. 255, § 1

¹⁹⁵ 1865 Louisiana Gen Laws 52-53, no 33, § 1, La Civ Code 1870 art 2422, La. Constitution 1879 art 220. E. BOURBOUSSON, *Du mariage de regimes matrimoniaux de succession* 266 (1934) classifies the subject matter of La Civ Code 1870 art 2416 (linen and clothes), art 2422 (occupancy of the family home) and art 3252 (sum provided as a widow's allowance) as *biens reserves*.

As the nineteenth century progressed, Anglo-Americans, who encountered the Spanish law as they settled in the American West and set up new governments there, realized that their own rules providing for a surviving spouse were less suitable to their needs than Spanish institutions practiced by the local inhabitants. The law of Louisiana had already codified these prevailing Spanish laws of ganancial property in 1808, and using those Louisiana provisions as a model Texans and Californians adopted the Spanish doctrine of ganancial property to suit their own needs. In spite of obvious pressures to abandon these Spanish rules, they were also maintained by the predominantly Hispanic population of New Mexico. Elsewhere, in wholly unsettled regions and in areas where there was no significant Hispanic population, the Anglo-American frontiersmen nevertheless followed the example of Texas and California in adopting the ganancial regime of shared gains of marriage.

In Louisiana and consequentially elsewhere the name most often applied to the ganancial system has been that of *community property*. Because of the peculiarity of this term and the failure of Anglo-American lawyers to examine the principle conceptually, it was not realized that ganancial principles are similar in many respects to the doctrines of partnership and tenancies in common in Anglo-American law. Thus the ganancial doctrine matured in conceptual isolation. The doctrine therefore tended to maintain its Hispanic features to a greater degree than if it had passed into the mainstream of local law. Its treatment in isolation was also the consequence of the fact that the doctrine was almost wholly defined by statute. Hence ganancial, or community, property tended to be regarded as a peculiar element of the law of succession.

This element of peculiarity is nowhere so obvious as in the distinct treatment that all American common-property estates have accorded to separate and community property. With respect to the common estate the surviving spouse is strongly favored in almost every state and in most instances to a very marked degree in intestate succession. On the other hand, both lineal and collateral heirs are favored with respect to intestate succession to separate property. Each type of property has been looked upon as distinctly different in this regard.

While the ganancial principle has proved to be particularly

strong in American law, related Hispanic principles have virtually disappeared. The institution of dowry did not comport to the marriage customs of Anglo-American society and thus disappeared. The statutory law of dowry in Louisiana nevertheless remained with little, if any, application during the last century of its existence into the late twentieth century. Elsewhere the principle had not taken root. The institution of the *cuarta marital* has nevertheless maintained its existence in Louisiana, if not elsewhere. In other states, and in Louisiana as well, its object has been largely replaced with Anglo-American provisions for exempt property and family allowances for the surviving spouse and minor children. Thus there is an element of discretionary division of property for the surviving spouse but its formulation has tended to be in terms of a fixed amount rather than as a proportion of the net value of the decedent's property. If the Louisiana *cuarta* had not been codified with the law of dowry, it is quite possible that it might have received greater attention as a concept both in Louisiana and elsewhere. But Anglo-American doctrines, though similar in nature, tended to satisfy societal needs and therefore prevailed.

JOSEPH W. MCKNIGHT
Southern Methodist University
Dallas (U.S A.)

LA RESERVA BINUPCIAL EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL: ANTECEDENTES Y CONSECUENTES DE LA LEY 15 DE TORO

SUMARIO: Planteamiento.—I. El origen bajoimperial de la institución.—II. El desenvolvimiento de la tradición romana en el derecho visigodo: a) el Código de Eurico; b) el Breviario de Alarico; c) el *Liber Iudiciorum*.—III. El derecho medieval español anterior a las Leyes de Toro: a) la incipiente regulación en algún fuero municipal; b) el Fuero Real: la herencia de la tradición visigoda, más concretamente del *Liber*; c) entre tradición y Derecho Común: Las Partidas.—IV. La Ley 15 de Toro: los problemas que plantea y su desarrollo doctrinal a partir del Derecho Romano Justiniano.—V. El mantenimiento del anterior desarrollo en la Codificación.—VI. Consideración final.

Pretendemos en este trabajo esbozar unas notas en torno a la historia de la obligación que pesa sobre el viudo o viuda que contraen segundas nupcias —o terceras—, consistente en reservar para los hijos del primer matrimonio —o del segundo— determinados bienes que de otra forma seguirían el curso normal de la herencia e irían a parar a manos de los hijos del segundo o tercer matrimonio o a extraños. No se trata, como veremos enseguida, de simples limitaciones a la facultad de disposición del viudo sobre los *materna* o de la viuda respecto de los *paterna*, sino de una especial obligación de reservar, acompañada en la generalidad de los casos, de una prohibición de enajenar, que sólo acaece cuando sobrevienen segundas nupcias. De ahí, la denominación de *binupcial*, en adherencia, pues, a la noción que acabamos de exponer. Nuestro objetivo será el tratamiento, a lo largo de los distintos apartados, además de las cuestiones relativas al origen de la institución, de los problemas relacionados con los elementos reales y personales de la misma, esto es, qué bienes o qué masas de bienes están sujetos a reserva y la determinación de quién aparece en cada momento obligado a reservar.

Debemos manifestar, además, que la historia de la reserva binupcial no es sino un pretexto para poner en práctica un plantea-

miento, ya adoptado en otro momento ¹, heredado de nuestro maestro e iniciado por Otero, consistente en la consideración de la Historia del Derecho español como la evolución autónoma del Derecho Romano en el particular ambiente hispánico. En este sentido, como tendremos ocasión de comprobar, las Leyes de Toro, y en particular la ley 15, fundamental en el tema que nos interesa e invariablemente repetida en la Nueva y en la Novísima Recopilación, no son más que el exponente de esa evolución a que ha sido sometido el Derecho Romano, sea en su tradición teodosiana, mediante la legislación visigoda, sea en su tradición justiniana, consecuencia de la recepción operada en Partidas. La Codificación, en punto a nuestra institución, no hará sino decantarse por una de esas dos tradiciones, a partir del desarrollo doctrinal a que ha sido sometida la propia ley 15 de Toro.

I. La idea de que determinado tipo de bienes deben reservarse por el viudo a los hijos habidos durante el primer matrimonio estaba ya expresada, aunque sin plantearse el problema de las segundas nupcias, por Constantino, en su regulación de las facultades del marido sobre la herencia materna. Nos referimos a *C. Th.* 8.18.1 (= *BA* 8.9.1) y *C. Th.* 8.18.2 (= *BA* 8.9.2) que, reconociendo el derecho de los hijos sobre los bienes dejados por la madre, atribuyen al padre sobre los bienes maternos, además de su administración, un derecho de propiedad, pero sin facultad de disposición, fijándose en un tercio el *praemium emancipationis*, que el *pater* conserva en plena propiedad ². También en la línea de consi-

¹ Nos referimos a nuestra tesis doctoral *Las servidumbres prediales en el Derecho histórico español (desde sus orígenes hasta la Recepción del Derecho Común)*, Granada, 1986, aún inédita

² Sobre los problemas planteados por estas constituciones imperiales y sobre la clase de derecho que es atribuido al padre, vid GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958, p. 377 y s., quien pone de manifiesto la idea de propiedad temporal que emerge de las mismas, en conexión con la tendencia vulgar en confundir usufructo con propiedad; OTERO, A., «La mejora», en *AHDE*, XXXIII (1963), pp. 17-21 (= OTERO), VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, vol. primo Introduzione. Parte generale, Milano, seconda edizione riveduta, 1967, p. 649, nota 115, quien al hacer notar que en *C. Th.* 9 18.3 aparece el término *usufructo* sugiere, para *C. Th.* 8 18 1 y 8 18 2, una imperfecta redacción, más que una verdadera evolución de conceptos, GACTO, E., *La condición jurídica del cónyuge viudo en el derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla*, Sevilla, 1977, p. 35, nota 48 (= GACTO, *La condición*).

deración hacia los hijos del matrimonio, Constantino, al regular por primera vez la nueva institución de la donación nupcial, que se presenta como aportación del marido a fin de que se constituya en patrimonio familiar del que pueda servirse la viuda, estableció la devolución de esta donación a los hijos o a los padres del donante en el caso de muerte prematura de éste³. Por último, y siguiendo la tendencia del derecho clásico de penalizar las segundas nupcias, los emperadores Graciano, Valentiniano, Teodosio, ampliando el tiempo de luto de diez meses (*D. 3,2,1*) a un año, por considerar corto el antiguo plazo, establecen no sólo la nota de infamia para la mujer que contrae segundas nupcias antes del año, sino la pérdida, en favor de los hijos, de todo lo que la mujer hubiese recibido del marido *iure sponsalium vel iudicio defuncti coniugis*⁴.

Sin embargo, es preciso esperar al año 382 para que los mismos emperadores estableciesen lo que constituye la primera regulación de la reserva binupcial. Hablamos de la constitución *Feminae*, *C. Th. 3.8.2*⁵:

Feminae, quae susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas transierint nubtias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsaliorum iure, quidquid etiam nubtiarum solemnitate perceperint, quidquid aut mortis causa donationibus factis aut testamenti iure directo aut fideicomissi vel legati titulo vel cuiuslibet

³ *C. Th. 3.5.2* Vid. GARCÍA GARRIDO, M., «El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el Derecho vulgar romano-visigótico», en *AHDE*, XXIX (1959), pp. 397-399 (GARCÍA GARRIDO, *El régimen*).

⁴ *C. Th. 3.8.1 (BA 3.8.1)*: *Si qua ex feminis perditto marito infra anni spatium alteri festinarit innubere —parvum enim temporis post decem menses servadum adicimus, tametsi id ipsum exiguum putemus— probosis inusta notis honestioris nobilisque personae et decore et iure privetur atque omnia, quae de prioris mariti bonis vel iure sponsaliorum vel iudicio defuncti coniugis consecuta fuerat, amittat et sciat nec de nostro beneficio vel adnotatione sperandum sibi esse subsidium.* (Citamos por MOMMSEN, Th. y MEYER, P. M., *Theodosiani libri XVI cum constitutionibus sirmondianis et leges novellae ad Theodosianum pertinentes*, Dublin/Zurich, 1971) La constitución transcrita pasa a *CJ 5.9.2*, pero se le suprime la advertencia final desde «amittat»

⁵ OTERO, p. 27 y ss no sólo encuentra en la constitución *Feminae* el origen de la mejora, aunque no se le denomine así, sino también el punto de arranque del paralelismo entre los *bona paterna* y *materna*, y, posiblemente, la base de a troncalidad.

munificae liberalitatis praemio ex bonis maritorum fuerint adsecutae, id totum ita ut perceperint integrum ad filios, quos, ex praecedente coniugio habuerint, transmittat vel ad quemlibet ex filiis, dummodo ex his tantum, quos tali successione dignissimos iudicamus, in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit dirigendum. Nec quidquam eadem feminae ex isdem facultatibus abalienandi in quamlibet extraneam personam vel successionem ex alterius matrimonii coniunctione susceptam praesumat atque habeant potestatem: possidendi tantum in diem vitae, non etiam abalienandi facultate concessa. Nam si quid ex isdem rebus per fraudem scaevioris animi in alium quemlibet fuerit translatum, maternarum redintegrabitur compensationibus facultatum, quo inlibata ad hos quos statuimus heredes bona et incorrupta perveniant. Illud etiam addimus legi, ut, si aliquis ex isdem filius, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, qui sorores vel sororem, non etiam fratrem relinquens senatus consulti beneficio matri simul ac sororibus successionis locum fecisse videatur, seu etiam filia, quae nullo existente fratre et superstitibus matre ac sisoribus tantum, adeundae hereditatis locum matri pro dimidia portione servabit, quod successionis beneficio mater videbitur consecuta, in diem vitae pro sibi debita portione sola tantum possessione delata, omne his qui supererunt ex priore suscepti matrimonio filiis relinquat nec super istiusmodi facultatibus testandi in quamlibet aliam extraneam personam vel quidquam abalienandi habeat potestatem.

Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem vel natus native decesserint, omne quod quoquomodo perceperint, pleni proprietate iuris obtineat, atque ex his nasciscendi domini et testandi, circa quem voluerit, liberam habeat potestatem. Simili etiam ammoneri maritos volumus et pietatis et legis exemplo; quos, etsi vinculo non adstringimus velut impositae severius sanctionis, religionis tamen iure cohibemus ut sciant ut a se promptius sperari contemplatione iustitiae, quod necessitate propositae observationis matribus imperatur: ne, si ita necessitas suaserit, et circa eorum personam subsidio sanctionis exigi ab his oporteat, quod optari interim sperarique concedeat.

Es posible que en la práctica las mujeres viudas observasen por propia iniciativa, en beneficio de los hijos de su primer matrimonio, lo preceptuado por *C Th.* 3.8.2. De ser ello así, la constitución *Feminae* no vendría sino a dar carácter legal, y también obligatorio, a una conducta observada voluntariamente, pero que, por ser voluntaria, podía también omitirse ⁶. Veamos el conteni-

⁶ Vid. GARCIA GARRIDO, *El régimen*, p. 401, nota 35, OTERO, p. 29

do de esta extensa constitución⁷: 1) La constitución obliga, en primer lugar, a las mujeres que contraigan segundas nupcias y tengan hijos del primer matrimonio a conservar para éstos todo lo que haya recibido de su primer marido en concepto de donación nupcial y también lo recibido por donación *mortis causa*, por testamento, por fideicomiso, legado o por cualquiera otra liberalidad; 2) sobre todos estos bienes reservados a los hijos, la madre viuda que pasó a segundas nupcias sólo conserva, de por vida, el usufructo de los mismos; 3) ello quiere decir que no tiene facultades de disposición ni de enajenación. En el caso de que la madre enajenase indebidamente alguno de estos bienes, han de retornar reintegrados de los bienes maternos, a los hijos del primer matrimonio; 4) quedan también reservados para los hijos del primer matrimonio, y, por lo tanto, insusceptibles de enajenación o transmisión por testamento, los bienes que la madre herede de los hijos en la porción que fija el *SC Tertuliano*, sobre los que conserva en vida *sola tantum possessione*; 5) si no existiesen hijos del primer matrimonio o en el caso de fallecimiento de los mismos, la madre adquiere en plena propiedad los bienes originariamente reservados a los hijos, pudiendo enajenarlos con total libertad a cualquier otra persona; 6) acudiendo a criterios que demuestran el influjo del Cristianismo en el Derecho romano (*pietatis exemplo, religionis tamen iure cohibemus, contemplatione iustitiae*), la constitución finaliza exponiendo la conveniencia, que no la obligación, de que el marido que pase a segundas nupcias observe el mismo régimen establecido para las mujeres⁸.

En sus orígenes, por tanto, la reserva es sólo una obligación que recae sobre las mujeres respecto de lo recibido por cualquier título de su primer marido y respecto de lo que haya recibido de un hijo⁹. Será necesario esperar casi sesenta años más para que se ponga punto final a esta desigualdad entre mujer y marido binubos¹⁰. Entre tanto, la legislación bajoimperial está preocupa-

⁷ Omitiremos en adelante las referencias al derecho de preferir de la madre o del padre respecto a los hijos, para estos aspectos nos remitimos al trabajo de OTERO, citado en la nota ²

⁸ OTERO, pp 27-30, GARCÍA GARRIDO, *El régimen*, pp 400-401; GACTO, *La condición*, pp 70-71, aunque más centrado en la Interpretatio de *C Th 3 8 2*.

⁹ *C Th 3 8 2* pasará a *CJ 5 9.3* con importantes modificaciones

¹⁰ Vid infra p

da por dejar bien claro cuál es el destino de la donación nupcial y las facultades que con respecto a ella tiene la mujer que, una vez viuda, pasaba a segundas nupcias.

En la línea de pensamiento consistente en considerar la donación nupcial como un patrimonio familiar del que, una vez muerto el marido, esto es, el donante, pueda servirse la mujer viuda, una constitución del año 398, *C. Th.* 3.9.1, de Arcadio y Honorio, establece una neta diferenciación entre la suerte de la donación nupcial y la suerte de los demás bienes, caso de que acaeciesen segundas nupcias. La distinción aquí operada, que sería recogida en textos posteriores, marca el desarrollo ulterior de las facultades patrimoniales de la mujer que contrae matrimonio por segunda vez:

Aperta definitione signamus longe aliud esse, quod de rebus ante nuptias a nostra mansuetudine constitutum est, aliud, quod de his, quae ex patrimonio proprio vir suo arbitrio ad usufructum uxori dereliquit. Nam in eo usufructu, quem vir extremam constituens voluntatem de rebus propriis uxori dimiserit, statim post secundas nuptias mulieri volumus imminere iacturam secundum eam legem, quae de hoc articulo non dubitatur emissa, de usufructu vero rerum ante nuptias donatarum ea servari, quae saluberrima lex anterior plena definitione decrevit¹¹.

Se trata del supuesto en que el marido haya dejado a la mujer todos sus bienes en usufructo y ésta haya contraído ulteriormente segundas nupcias. Respetando la idea de que la propiedad de tales bienes pertenecen a los hijos, pero intentando conciliar tal idea con la naturaleza de la *donatio*, se distingue entre el usufructo sobre la donación nupcial, que la mujer conserva pese a haber contraído segundo matrimonio y el usufructo sobre los demás bienes dejados por el marido, que la mujer pierde automáticamente en favor de los hijos del primer matrimonio.

Ahora bien, si la idea de que la propiedad de los bienes que integran la donación nupcial pertenece a los hijos, aunque la mujer sea titular del usufructo sobre la misma mientras viva, es cla-

¹¹ El origen de esta regulación está en una constitución de Teodosio I del 392 (*CJ* 5 10 1) Vid. GARCIA GARRIDO, *El régimen*, p. 401, OTERO, p. 30

ra ¹², no está tan claro el problema de qué hijos en concreto son los beneficiarios de la reserva, sobre todo si acontecen ulteriores matrimonios. Otro punto, por tanto, que convenía aclarar era el planteado por el destino de la donación nupcial de los respectivos maridos cuando, como consecuencia de sucesivos matrimonios, existían medio hermanos. Tal extremo es aclarado por Honorio y Teodosio en el año 422, en los siguientes términos:

Cum aliis sanctionibus iusserimus materna bona integra ad liberos pervenire, quod tamen mulier mariti largitate perceperit, ex eo tantum liberi coniugio procreati sibi speciale tamquam paternum noverint vindicandum. Itaque si habens filios in secundas nuptias fortasse transierit, sposalicium largitatem, quam vir secundas contulerit in uxorem, tantummodo filii qui ex secundo matrimonio suscepti sunt pro soliditate possideant, nec prosit liberis ex prioris susceptis marito, quod mulier in tertia minime vota migraverit. Quod si posterior vir sine liberis ex eodem matrimonio susceptis decesserit, quidquid ab eo ex sponsalium largitate uxor fuerit consecuta, id sibi iurique suo sciat esse collatum, etiamsi ex priore matrimonio donator filios reliquisse doceatur. Ad maternas sane veniens vel ex hoc vel ex quolibet alio titulo facultates omnis posteritas ex quocumque suscepta viro pro debita sibi portione, ut a matre vel spontanea largitate vel per testamentum eius fuerit collata, possideat. Nos enim hac lege id praecipue custodiendum esse decrevimus, ut ex quocumque coniugio suscepti filli patrum suorum sponsalicias retineat facultates ¹³.

La constitución es ejemplificativa y, por lo tanto, de complicada redacción, pero su intención está claramente expresada al final de la misma: en el caso de varios matrimonios, a los hijos les corresponde la donación nupcial que hizo en su momento su respectivo padre, no teniendo derecho, por tanto, a la donación nupcial que la madre ha recibido de otro, que si también es marido de ésta, no es padre de todos los hijos. Ello quiere decir que,

¹² *C Th* 3 8.3. Nulli videatur ambiguum eorum, quae nubitarum tempore mulieres accipiunt, etiamsi ad secundas nubitas extantibus ex priore matrimonio liberis emenso tempore forte migraverint, in diem vitae usufructum circa eas debere durare, salva his proprietate, quibus ius integrum post earum obitum leges sacratissimae reservarunt, ut manifestum est, quod delatum ex priore coniugio liberis constat

¹³ *CJ* 5 9 4

en el caso de segundas nupcias, la donación hecha por el primer marido aprovecha a los hijos de este primer matrimonio, que no participan en la donación hecha por el segundo marido, que debe ser reservada por la madre para los hijos habidos en esta segunda unión, y así sucesivamente. Ello explica el que la madre adquiere *sibi iuri suo* la donación del segundo marido, cuando éste muere sin haber dejado descendencia, aunque existan hijos del primer matrimonio.

El texto que convierte la simple recomendación hecha en el año 382 en obligación legal, colocando a marido y mujer en pie de igualdad respecto a la obligación de reservar a los hijos del primer matrimonio es la Novela 14 de Teodosio II del año 439¹⁴:

Officium est imperatoriae maiestatis his etiam, qui nondum nati sunt, providere et in parentum contractibus futuris quoque liberis fructum naturae debitum praeparare. Praeteritae constitutiones mulierem, morte mariti matrimonio dissoluto communibus liberis extantibus, donationem ante nuptias resque alias certis modis ad eam devolutas ex mariti persona isdem liberis quibusdam conditionibus servare praeceperant. Haec divus nostrae mansuetudinis avus humana mente viros quoque, morte mulieris extantibus liberis matrimonio dissoluto, circa dotem resque alias certis modis ad eum ex persona mulieris devolutas isdem conditionibus suaserat observare. Nos feliciter vinculo legis haec a viris observanda censemus. Nam generaliter, quoquo casu constitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus, morte mariti matrimonio dissoluto, quae de bonis mariti ad eam devoluta sunt servare sanxerunt, isdem casibus nos per huius legis auctoritatem maritum quoque quae de bonis ad eum devoluta sunt morte mulieris matrimonio dissoluto, communibus liberis servare censemus nec interesse volumus, si alter pro marito donationem ante nuptias vel pro muliere dotem crediderit offerendam. Haec observari praecipimus, licet res ante nuptias donatae, ut adsolit fieri, in dotem a muliere redigantur; nam et si culpa mulieris repudio matrimonio fuerit dissolutum, maritus totam donationem, non partes ut in altera dote, retinebit.

La constitución es mucho más extensa, pero, por el momento, nos basta este párrafo para los fines aquí perseguidos. Conviene,

¹⁴ GARCÍA GARRIDO, *El régimen*, pp. 402-403, OTERO, p. 33, GACTO, *La condición*, pp. 71-72

por otra parte, retener con bastante precisión los términos en que se expresa esta constitución, por la importancia que tendrá en el desarrollo ulterior del derecho español, si bien esta influencia la va a ejercer a través de la recepción de la *lex Generaliter* (CJ. 5.9.5), cuyo comienzo está extraído precisamente de esta novela 14 de Teodosio ¹⁵. La novela comienza haciendo alusión a anteriores constituciones en las que se ordenaba a la mujer, una vez disuelto el matrimonio por muerte del marido, reservar para los hijos comunes la *donatio ante nuptias* y cualquier otra cosa que hubiere recibido del marido. También se hace alusión a la conveniencia, desde la constitución *Feminae*, de que igual conducta observara el marido con respecto a la dote y otras cosas recibidas de la mujer, cuando el matrimonio se disuelve por muerte de esta última. Pues bien, con esta novela 14 de Teodosio y Valentiniano se estima llegado el momento de que lo que hasta ahora era mera recomendación se convierta en obligación legal (*Nos feliciter vinculo legis haec a viris observanda censemus*) ¹⁶.

Por ello, se ordena que en todos aquellos casos en que constituciones anteriores a la presente obligan a la mujer, disuelto el matrimonio por muerte del marido, a reservar para los hijos todos los bienes que hubiese recibido del marido premuerto, reserve también el marido para los hijos comunes los bienes recibidos de la mujer. En concreto, ello significa, según se desprende del régimen existente desde 382 y de la especie de preámbulo que precede a la novela, que el marido que pasa a segundas nupcias debe reservar para los hijos del primer matrimonio la dote y lo recibido por cualquier título de la mujer. La obligación de reserva, además, persiste para ambos, marido y mujer, aunque un tercero haya realizado la *donatio ante nuptias* en lugar del marido o haya

¹⁵ La *Lex Generaliter* no sólo será de constante invocación de la doctrina como elemento interpretativo de P 5 13 26 y de la Ley 15 de Toro: salvando las diferencias de lengua y tiempo, el paralelismo de sentido entre el texto justinianeo y el texto taurino es grande

¹⁶ Sobre el párrafo «*humana mente . suaserat observare*» y, en general, sobre la orientación cristiana de la legislación postconstantiniana, vid BIONDI, B, *Humanistas nelle leggi degli Imperatori romano-cristiani*, en *Scritti Giuridici*, I, Milano, 1965, pp 593-612, especialmente, por la referencia a la Novela 14 de Teodosio, p 601.

hecho entrega de la dote en lugar de la mujer. Esta también viene obligada a reservar aunque acuda a la práctica de entregar como dote lo que antes había recibido del marido en concepto de *donatio ante nuptias*¹⁷.

La novela 14 completa este régimen estableciendo cuáles son los respectivos derechos de las partes que pueden entrar en conflicto, esto es, hijos, por una parte, y padres bínubos, por otra, y estableciendo las previsiones para el caso de que la herencia no fuese adida por los primeros:

Dominium autem rerum, quae liberis vel huius legis praeteritarum constitutionem auctoritate servantur, ad liberos pertinere decernimus. Itaque defuncto eo, qui eas liberis reservabat, extantes ab omni possessore liberi vindicabunt, consumptas ab heredibus eius exigent, qui eas servare debuerat. Alienandi sane vel obligandi suo nomine ea res, quae liberis reservari praeceptas sunt, eis que reservaturi sunt adempta licentia est. Negotia vero liberorum patri utiliter administrare concedimus. Dividendi quoque res inter eos ipsos liberos parentibus pro suo arbitrio vel eligendi quem voluerint licentiam non negamus. In his autem casibus, in quibus res ut paternas mater liberis communibus servare praecepta est (hoc est ubi morte mariti matrimonio dissoluto mulier ad alias nuptias venit) vel ubi ut maternas patrem liberis communibus servare censuimus (hoc est ubi morte mulieris matrimonio dissoluto vir ad alias nuptias venit), si hereditatem eius parentis qui prior mortuus est non adierint liberi, licebit eis, tamquam eius tantum res fuerint, eas sibi vindicare, scilicet si vel eius qui posterior moritur hereditatem crediderint adeundam, ne, quod favore liberorum indictum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum videatur inventum. Illud etiam humanis sensibus huic legi credidimus inserendum, ut eo quoque casu, quo lucratur vel mulier res, quae ad eam a marito perveniunt, vel maritus eas, quae ex bonis mulieris ad eum transeunt (hoc est ubi primum matrimonium alterius morte dissolvitur nec superstes ad secundas nuptias venit), si res vel maritus vel uxor (hoc est qui superstes est) non consumpserit vel alienaverit, quod eis ad secundas nuptias non venientibus quasi rerum dominis concessum esse non dubium est, si hereditatem eius qui posterior moritur liberi adiri noluerint, ut eis liceat res a patre profectas ut paternas, a matre ut maternas accipere. Quod autem scitis prioribus continetur, nec a filia quae in potestate est donationem ante nuptias patri nec a filio dotem acquiri, eo addito confirmamos, ut defunctis his adhuc in potestate patris, si liberis extanti-

¹⁷ GARCÍA GARRIDO, *El régimen*, p. 403, opina que esta práctica constituye el primer paso hacia la adaptación entre la dote romana y la dote marital visigoda

bus moriantur, ad liberos eorum eadem res iure hereditatis, non ad patrem iure peculii transmittantur nec per nepotes avo videlicet acquirendae¹⁸.

Es decir, se recuerda que el dominio de los bienes sujetos a reserva, no sólo de los que lo están según esta constitución, sino también de los que lo estaban según constituciones anteriores, pertenece a los hijos, que podrán reivindicar de cualquier poseedor los bienes reservados. Se concede a los padres la facultad de administrar los negocios de los hijos, pero no pueden enajenar ni obligar en su propio nombre los bienes sujetos a reserva. La disciplina, sin embargo, encuentra varias excepciones. La primera, deriva del hecho de que los hijos, disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges y habiendo contraído segundas nupcias el cónyuge supérstite, no lleguen a adir la herencia, en cuyo caso este último puede reivindicar para sí los bienes del cónyuge que murió primero; la segunda, derivada del hecho de que, aun disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, el supérstite no pase a segundas nupcias, en cuyo caso puede consumir y enajenar los bienes procedentes del cónyuge premuerto. Si pese a ello, no se han consumido ni enajenado los bienes y los hijos deciden no adir la herencia del último que murió, pueden, sin embargo, reivindicar como maternos y paternos respectivamente los bienes dejados por la madre o el padre premuertos, de los que el supérstite se lucró en vida.

Con la novela 14 de Teodosio tenemos ya igualada la posición del marido y de la mujer en lo que se refiere a la obligación de reservar si pasan a segundo matrimonio. La legislación posterior, sin embargo, ha seguido preocupada por el destino de las diversas aportaciones de los cónyuges y, más en concreto, por el destino de la donación nupcial que, concebida y delineada como un patrimonio familiar, ha sido desde su origen tema de interés preferente en sede de reserva. En este sentido, la legislación de Mayoriano y de Livio Severo, a la que ahora aludiremos, se presenta como los últimos intentos de la legislación bajoimperial de aquilatar la figura de la *donatio* y de, aun a costa de derogar parte de lo ya establecido por emperadores anteriores, fijar los derechos

¹⁸ *Nov Th* 14,4,5,6,7 y 8

de disposición de que goza la viuda respecto a la *Sponsalicia largitas*. Así, Mayoriano, en su extensa novela 6, del año 458, no sólo obliga a la madre a garantizar la conservación de los bienes que integran la *donatio* mediante promesa, sino que pasa a considerarlos como *bona paterna*, con lo que la idea de que la *donatio* tiene por destinatarios finales a los hijos, a los cuales debe reservarse, está ya, si no lo estaba antes, totalmente clara, independientemente de que, según la legislación anterior, la viuda gozase del usufructo sobre la misma ¹⁹.

Illarum vero ratio diversa est, quae suscepta prole gaudentes ob hoc ad secundas nuptias non demigrant, ut adfectuosam decentis viri memoriam in alendis et locupletandis filiis sollicita pietate conservent: qua nubendi, si hoc maluerint, libertate suscepta a condicione superioris enarratae definitionis absolvimus, ita ut filiis ex matrimonio priore susceptis, si hoc tamen pars voluerint filiorum, dato fideiusiorem prospiciant, qui salva fore corpora omnia sponsaliciae largitatis evidenti sponsione promittat. Optionem sane continuae viduitatis matribus eatenus relaxamus, ut filios in gremio indulgentiae suae positos vel donationibus pro merito prosequantur viventes vel heredes suprema voluntate constituat. Illud sane latus divalis constitutionis abolemus, quo videbatur matribus fuisse permissum, ut ex quantitate sponsaliciae largitatis in unum filium, si vellent, portionem maximam conferendi habeant liberam facultatem: in quam nos filios aequa iubemus lance succedere, si quidem recte illa donatio inter bona paterna numerabitur, quam in uxorem maritus contulit tempore nuptiarum ²⁰.

Si la igualdad conseguida entre marido y mujer por la novela 14 de Teodosio se ha roto ahora con la novela 6 de Mayoriano ²¹, la novela 1 de Livio Severo, del año 463, viene a insistir en la desigualdad, derogando parcialmente la novela 6 de Mayoriano:

Illud tantum ex aedem lege retinentes, quod veterum legum commendat auctoritas, scilicet ut post viri obitum sponsalia in usufructum tantum mater habeat et a filiis alienare non possit, sive in alias nuptias venerit sive non venerit, et ut omnibus ex eodem matrimonio filiis ex aequo communia in unum aut alterum matri

¹⁹ GARCÍA GARRIDO, *El régimen*, pp. 408-409, OTERO, pp. 36-37.

²⁰ *Nov. Maior.* 6, 6,7 y 8.

²¹ Entre otras cosas porque suprime el derecho de preferencia de la madre respecto a los hijos, dejando subsistente el mismo derecho para el padre

conferre non liceat. Nan quid est aliud a filiis alienare, si hoc non est, cum proles numerosa contigerit, praetermissis ceteris uni vel alii prave velle intentione largiri? Sint sane matres, si ita libuerit, pro inpensis obsequiis in filiorum electione liberales, usufructum suum cui voluerint largiantur: proprietatis commoda cunctis pariter filiis deputata non minuant. In illa tamen parte matribus salva filiorum utilitate consulemus, ne eas necessitas dandae fideiussionis adstringat, quia et factum difficile est super hoc filiis abunde vel prioribus constitutis vel praesenti lege propiscitur, quibus et alienatorum vindicatio competit et ex maternis bonis perditarum redintegratio facultatum, Basili parens karissime atque amatissime...

La idea de que la viuda que pasa a segundas nupcias debe reservar la *donatio* a los hijos del primer matrimonio, a quienes corresponde en último término la propiedad de la misma, conservando la viuda del usufructo, estaba ya expresada, según hemos visto, en la legislación anterior, pero ahora, y aquí radica la novedad, tal previsión se extiende incluso al caso de que la mujer no contraiga segundo matrimonio (*sive in alias nuptias venerit sive non venerit*), correspondiéndole en todo caso el usufructo sobre la donación nupcial. De esta forma, si la equiparación entre marido y mujer quedaba rota por Mayoriano, al abolir el derecho de elección de la madre, la novela de Livio Severo vino a aumentar los supuestos en que la mujer estaba obligada a reservar, insistiendo así sobre la desigualdad existente entre la posición de la mujer respecto a la donación nupcial y la posición del marido respecto a la dote, que sigue siendo objeto de reserva, pero en las condiciones de la novela 14 de Teodosio. Por otra parte, la novela de Livio Severo hace innecesaria la fianza impuesta por Mayoriano para garantizar la conservación de los bienes que integran la *donatio*, pero sigue insistiendo en la imposibilidad de elección de uno de los hijos por la madre, si bien ésta puede disponer libremente de su derecho de usufructo sobre la donación nupcial ²².

II. Esta es la herencia que el Derecho romano deja a la época visigoda ²³, herencia sobre la cual operan los textos visigodos.

²² GARCÍA GARRIDO, *El régimen*, p. 409, OTERO, p. 38

²³ Para el tratamiento justinianeo de la reserva impuesta al binubo son fundamentales *CJ.* 5.9.3, *CJ.* 5.9.5, *CJ.* 5.9.6, *CJ.* 5.9.7, *CJ.* 5.9.8 y las Novelas de Justiniano, 2, 22 y 98

Antes de proceder al análisis de los mismos, es necesario plantear el cuadro general de los problemas presentados por la legislación visigoda en tema de reserva, cuadro que si se complica en cierta medida, en el fondo viene a acoger las soluciones bajoimperiales, dado el carácter y finalidad de la legislación visigoda en su conjunto.

El Código de Eurico no regula propiamente la obligación de reservar, por parte del bínubo, los bienes dejados por el cónyuge premuerto o por un hijo, sino, más exactamente, el destino de los *bona materna* y las facultades de disposición que sobre los mismos asisten al padre viudo (CE, 321), siguiendo la tradición constantiniana a que nos hemos referido al comienzo de nuestro trabajo, y, de otra parte, las facultades de disposición de la viuda sobre los *paterna* (CE, 322), acudiendo, en cambio, a los principios generales que desde la constitución *Feminae* a la novela de Livio Severo regulaban la reserva impuesta al bínubo sobre los bienes a él transmitidos por vía testamentaria o por cualquier otro título y sobre los bienes que integran la *donatio* nupcial. El Código de Eurico, por tanto, ha adaptado, desarrollándola, la legislación bajoimperial a nuevos problemas. En efecto, como hemos señalado antes, no se trata, en estos casos, de la reserva de bienes dejados a un cónyuge por el otro premuerto o por un hijo, sino de bienes maternos y paternos que, por su misma naturaleza, pertenecen a los hijos. Si traemos a colación tales preceptos, ya estudiados en primer lugar por Otero, desde el punto de vista del derecho de preferencia de los padres respecto de algún hijo a la hora del reparto de dichos bienes, o, en segundo lugar por Gacto desde el punto de vista de las facultades dispositivas que sobre los mismos tienen los viudos, es porque, en tercer lugar, contienen la casuística referente al tipo de reserva que estamos estudiando, esto es, las segundas nupcias. En este sentido, y abandonando toda concepción dogmática sobre la reserva binupcial, es claro que CE 321 y CE 322 deben tenerse presentes porque constituyen no solo limitaciones a las facultades dispositivas de los viudos, sino, de otra parte, previsiones especiales para el caso de que éstos contraigan segundo matrimonio, cuestión ésta que en último término es el hecho desencadenante de la reserva, con independencia de los bienes sobre los que recaiga, aunque, más exactamente, como enseguida veremos, las segundas nupcias en la regulación eu-

riciana determinan no la obligación de reservar, sino la pérdida automática de aquellos bienes que, acaezca o no segundo matrimonio, se estaba obligado a reservar para los hijos. En este sentido, el Código de Eurico, mediante los capítulos 321 y 322, persigue la misma finalidad que late en la institución de la reserva: la no postergación de los hijos del primer matrimonio desde el punto de vista de sus derechos patrimoniales, como consecuencia de que los padres hayan pasado a segundas nupcias, evitando así el conflicto con los padrastros o con los hijos habidos por el cónyuge supérstite, fruto de sus ulteriores uniones matrimoniales.

Finalmente, *CE*, 319 no regula exactamente el destino de las donaciones *post obitum* en el caso de que se produzca segundas nupcias, aunque el supuesto de hecho contemplado, adulterio y uniones deshonestas de la madre, pueda estar relacionado con las mismas ^{23 bis}, pero parece que, en todo caso, sus previsiones van en la línea de proteger a los hijos si entendemos a éstos incluidos dentro de los *heredes legitimos* del donante, duda que, como veremos, aparece despejada en la redacción leovigildiana del precepto euricano mencionado, al citarse expresamente a los hijos como destinatarios de las donaciones del padre.

Ahora bien, el Código de Eurico cuenta tras de sí con toda la legislación imperial, a la que presupone. En nuestro caso, ello significa que al lado de las regulaciones específicas de *CE*, 319, 321 y 322, siguen vigentes, en todo lo referente a la reserva impuesta al bínubo, la constitución *Feminae*, la novela 14 de Teodosio y la legislación posterior, ya analizada. Esta misma covigencia hay que afirmarla cuando se promulga el Breviario de Alarico, en cuyo caso hay que tener en cuenta la regulación euricana más la selección alaricana de las constituciones bajoimperiales, desarrolladas y puestas al día por medio de la *Interpretatio*, a cuyo análisis nos dedicaremos en este apartado ²⁴.

Por último, el Liber Iudiciorum, etapa final del desarrollo y puesta al día de *CE*, ofrece, de una parte, la versión recesvindiciana, y en su caso ervigiana, de *CE*, 319, 321 y 322, y de otra, la re-

^{23 bis} Así lo cree GARCÍA GARRIDO, vid infra nota 30

²⁴ El planteamiento aquí esbozado sobre la relación entre *CE* y *BA* es tributario de IGLESIA FERREIROS, A., «La creación del Derecho en el reino visigodo», en *RHD*, II-1 (1977-1978), pp. 115-167

gulación del destino de los bienes que el marido entrega a la mujer sin tener la consideración de donación nupcial y la regulación de la propia *donatio*, aunque de acuerdo con la nueva terminología: todo lo que antes era denominado *donatio ante nuptias* se ha convertido en dote marital, recibiendo la denominación de *dos* ²⁵.

a) El problema del destino de los *bona materna* en el caso de que el marido pase a segundas nupcias está tratado dentro del contexto general de las facultades que asisten al viudo con respecto a tales bienes en *CE*, 321:

Si marito superstite uxor forsitan moriatur, filii qui sunt eodem coniugio precreati in patris potestate consistent, et res eorum, si novercam non superdixerit, ea conditione possideat ut nihil exinde aut vendere aut evertere aut quocumque pacto alienare praesumat, sed omnia filiis suis integra et intemerata conservet. Fructos tamen omnes pro suo iure percipiat et una cum filiis communibus consumat expensis. Cum vero filius duxerit uxorem aut filia maritum acceperit, statim a patre de rebus maternis suam recipiat portionem, ita ut usufructuaria patri tertia derelinquatur. Pater autem tam filio quam filiae, cum XX annos aetatis impleverit, mediam ex eadem quam unumquemque contigit de rebus maternis restituat portionem, etiam si nullis fuerint nuptiis copulati, medietatem vero dum advixerit pater sibi vindicet filiis post obitum relinquendam. Qui autem novercam perduxerit, omnes facultates maternas filiis mox reformet, ne dum filii cum rebus ad domum transeunt alienam, novercae suae vexentur iniuriis. Eadem quoque de nepotibus forma servetur ²⁶

Independientemente de los otros extremos relacionados con la situación patrimonial del padre viudo, estudiados por Otero y Gacto ²⁷, a nosotros nos interesa el contenido del párrafo referente a la casuística sobre las segundas nupcias. En este sentido, como en otros, *CE*, 321 no hace sino seguir en la línea iniciada por

²⁵ Para la transformación de la *donatio* en dote marital, vid , además de lo dicho supra nota 17, GARCIA GARRIDO, *El régimen*, p 420 y ss

²⁶ Citamos por D'OORS, A , *El Código de Eurico Edición, Palingenesia, Indices*, Roma-Madrid, 1960 (= D'ORS, *El Código*)

²⁷ Vid Bibliografía citada en nota ². Vid además, ZEUMER, K , *Historia de la legislación visigoda*, Barcelona, 1944, pp 299-310 (= ZEUMER, *Historia*), MEREJA, P , «O poder paternal na legislação visigótica», en *Estudos de direito visigótico*, Acta Universitatis Conimbricensis, 1948, pp 8-9 BRAGA DA CRUZ, G , «A sucessão legítima no Código Euriciano», en *AHDE*, XXIII (1953), p 775 (= BRAGA, *A sucessão*), D'ORS, *El Código*, pp 257-258

Constantino, considerando los *bona materna* como un patrimonio cuya propiedad pertenece a los hijos y sobre el que el padre no tiene más que una especie de usufructo sin facultades de disposición, estableciéndose, además, que una vez que el padre ha pasado a segundas nupcias, debe entregar inmediatamente²⁸ a los hijos la totalidad de los bienes maternos.

La hipótesis inversa, esto es, el caso de la madre viuda, está contemplado en *CE* 322, pero con la diferencia de que al heredar como cualquier hijo, su porción, que es cuota hereditaria y no cuota viudal, no se ve mermada por las vicisitudes de la emancipación de los hijos:

Mater, si in viduitate permansit, aequalem inter filios, id est qualem unus ex filiis (hay omisión de consideración) usufructuariam iure possideat, ceterum nec donare nec vindere nec uni ex filiis.. e conferre preasumat. Quod si eam filii hac portionem matris evertere sive per negligentiam sive per odium eorum forte propexerint, ad millenarium vel ad comitem civitatis aut iudicem referre non differant, ut matrem suam contestatione commoneat ne res quas ad usufructum accepit evertat. Nam usufructum quem ipsa fuerat perceptura dari cui voluerit, filio vel filiae, non vetetur. Verum si ex usufructuaria portione aliquid probatur eversum, filiis, post mortem matris de eius facultatibus sarciantur. Post obitum vero matris, portio quam acceperat ad filios equaliter revertatur, quia non possunt de paterna hereditate fraudari. Quod si mater ad alias nuptias forte transierit, ex ea die usufructuariam portionem, quam de bonis mariti fuerat consecuta, filii inter reliquas res paternas, qui ex eo nati sunt coniugio, vindicabunt.

Como en *CE*, 321 aquí nos interesa sobre todo el problema de las segundas nupcias. La viuda, heredando como cualquier hijo, se convierte en usufructuaria de una porción de la herencia paterna, que debe reservar a los hijos, si bien, como ya había establecido Livio Severo en su novela, puede disponer en favor de uno de los hijos en particular de su derecho de usufructo²⁹. Ahora bien, desde el mismo día en que la mujer contrae segundo matrimonio, pierde su derecho en favor de los hijos sobre su *portio usufructuaria*. Como puede verse, salvo en el hecho de que en un ca-

²⁸ Sobre «*mox*», ZEUMER, *Historia*, p. 302

²⁹ ZEUMER, *Historia*, pp. 310-313, BRAGA, *A sucessão*, p. 776, D'ORS, *El Código*, pp. 259-260, OTERO, pp. 41-42, GACTO, *La condición*, pp. 11 y 14.

so el usufructo se extiende a la totalidad de la herencia materna, con la eventualidad de la merma por emancipación de un hijo, y en otro sólo a una parte de los *materna*, los derechos de viudo y viuda quedan equiparados tanto por lo que se refiere a las respectivas facultades dispositivas, como en lo que se refiere a la pérdida del derecho de usufructo en el caso de que se produzcan segundas nupcias.

Finalmente, aunque no en relación las segundas nupcias, pero sí en relación al adulterio y uniones deshonestas por parte de la viuda, el Código de Eurico regula el destino de las donaciones *mortis causa* hechas por el marido a la mujer, estableciéndose, para los mencionados casos de adulterio e *inhonesta coniunctio*, la pérdida automática de los bienes en favor de los herederos legítimos del marido, entre los cuales podemos contar a los hijos:

Maritus si uxori suae aliquid donaverit, et ipsa post obitum mariti sui in nullo scelere adulteri fuerit conversata sed in pudicia permanserit, aut si certe ad alium maritum coniunctione pervenerit, de rebus sibi a marito donatis possidendi et post obitum suum relinquendi cui voluerit habeat potestatem. Sin autem per adulterium seu inhonesta coniunctione se miscuisse convincitur, quidquid de facultate mariti si fuerit consecuta, totum incunctanter amittat, et ad heredes donatoris legitimos revertatur³⁰.

b) Al lado de esta regulación euriciana, se coloca el Breviario de Alarico. Si el Código de Eurico no hace sino aplicar los principios generales sobre la reserva en materia de sucesión testamentaria y donación nupcial a la sucesión legítima, el Breviario selecciona tales principios, llevados a sus últimas consecuencias mediante la *Interpretatio*. De esta forma, Código de Eurico y Breviario de Alarico aparecen como complementarios: el primero contemplando el problema de las facultades dispositivas y patrimoniales del bínubo sobre bienes maternos y paternos en la sucesión legítima —CE 319, si bien es relativo a donaciones *mortis causa*, no parece aludir a segundas nupcias—; el segundo, ofreciendo la regulación del mismo problema, pero con respecto a los bienes conseguidos por uno de los cónyuges por vía testamentaria.

³⁰ CE. 319, GARCIA GARRIDO, *El regimen*, p. 432, cree que el comportamiento honesto puede hacer referencia a la prohibición de contraer matrimonio, interpretación que nos parece errónea al mencionarse expresamente en el precepto la posibilidad de contraer segundo matrimonio.

ria o con respecto a los bienes que integran la *donatio* nupcial. Se trata ahora, pues, de saber qué es lo que ha pasado al Breviario, procedente de la tradición bajoimperial, y de qué forma.

Al Breviario pasaron las constituciones constantinianas que regulaban las facultades de disposición del viudo con respecto a la herencia materna ³¹. También pasó al Breviario la constitución de Graciano, Valentiniano y Teodosio, del año 381, que imponía la pérdida de la donación nupcial y de lo recibido por testamento a la viuda que casaba antes del año, aunque la *Interpretatio* es más clara que su modelo en torno a quiénes son los destinatarios de los bienes, previendo incluso el caso de que no haya hijos del primer matrimonio ³². Pero más nos interesa, sin embargo, *Int. C. Th. 3.8.2*, esto es, la *Interpretatio* a la constitución *Feminae* que, como enseguida veremos, se separa del modelo interpretado, incorporando algunas novedades:

Mulieres, quae amissis maritis ad alias postea nubtias legitimo tempore, id est expleto anno, venerint, si ex priore marito filios habuerint, quidquid per sponsaliciam largitatem vel nuptiarum tempore consecutae sunt, totum filiis conservabunt, nec in alias vel extraneas personas noverint trasterendum. Quidquid vero prior maritus per testamentum seu fideicomissum seu legati titulo vel mortis causa uxori donaverit, de his rebus, quas tali donatione percepit, seu omnibus filiis seu in unum pro merito serviti si conferre voluerit, habebit liberam facultatem, ita ut ei de bonis prioris mariti a filiis ipsius quidquam alienare non liceat. Quod si paresumpserit, de propriis facultatibus noverit compensandum. Hoc specialius huic logi crediderit inserendum, ut mulieri, cum ad alias nubtias venerit, si de filiis, quos ex matrimonio priore susceperat, masculus moriatur, eo casu, ut matrem et sonores aut certe sororem su-

³¹ *Int. C. Th. 8.9.1* y *8.9.2*, que hablan ya resueltamente del usufructo concedido al padre *Int. C. Th. 8.9.2* *materna bona filiorum defuncta uxore pater ita possideat, ut usufructum de his habeat*. De esta forma, y teniendo en cuenta lo dicho en *CE 321* y *322*, la equiparación entre viudo y viuda con respecto a las distintas masas patrimoniales, materna y paterna, queda totalmente operada

³² *Int. C. Th. 3.8.1* *Mulier quae post mortem mariti intra annum alteri viro nubserit, sciat se infamiae subiacere et notabilem usque adeo reddi, ut quaecumque sponsalicia largitate percepit, vel si per testamentum ipsi aliquid prior maritus donavit, amittat, et totum illius filius cedat si filii non fuerint, illis profutura personis, qui priori marito gradu proximioribus iunguntur et hoc sibi per successionem poterunt vindicare*

perstitem dimittat et fratrem non dimittat, qui matrem possit excludere, tunc beneficio legis mater cum filiabus vel filia aequali sorte succedat. Si vero filia moriatur et matrem et sorores tantum dimittat, mediam defunctae filiae hereditatem mater adquirat et media sororibus, seu una seu plures sint, proficiat: ea tamen ratione, ut dum advixerit mater, adquisitam ex hac filii aut filiae medietate tantummodo in usufructu possideat et reliquis, si supererunt ex priore matrimonio, filius post obitum derelinquat, ad alias personas in transferendo nec per testamentum nec per donationem habitura licentiam. Cui mulieri si de priore marito filii non supersint, tunc quacumque sub ac occasione percepit, sibi velut propriam vindicet facultatem et in quemcumque voluerit, iure transmittat. In hac etiam lege similem et patres mortuis uxoribus conditionem, si ad alias nubtias venerint, voluit observare, ut, si de priore uxore filiis aut filiae fuerint, ex quibus aliqui moriantur et in suam portionem locum patri faciant, post illius obitum fratribus sororibusve, qui supererunt de ipso coniugio, portio relicta proficiat, nec poterit per patriam potestatem ad alias transire personas.

La primera novedad que incorpora el redactor de la *Interpretatio* es el haber distinguido entre lo que es pérdida total por parte de la viuda, y en favor de los hijos, de los bienes recibidos del marido, cuestión que se rige por *Int. C. Th. 3.8.1*, y lo que es obligación de reservar. Ello lo consigue concretando, cosa que no hacía *C. Th. 3.8.2*, el momento del nacimiento de dicha obligación al caso de que la mujer contraiga segundas nupcias después del año, con lo que el supuesto de hecho deja de estar dentro de lo previsto por *Int. C. Th. 3.8.1*³³. El autor de la *Interpretatio* sigue reservando la propiedad de la donación nupcial y de lo recibido del marido por testamento, fideicomiso o legado a los hijos, pero mientras respecto a los bienes recibidos por testamento, fideicomiso y legado la viuda tiene facultad de preferir a uno de los hijos, la donación nupcial debe repartirse por igual entre los hijos reservatarios. De la misma forma que siguen prohibidas las enajenaciones de los bienes sujetos a reserva, se permiten las mismas en el caso de no haber descendencia del primer matrimonio. En el caso de la herencia del hijo, la *Interpretatio* ya no vacila en

³³ La misma declaración hecha por *Int. C. Th. 3.8.2* se hace de la constitución *Feminae* al pasar a *CJ. 5.9.3*, mediante la interpolación de la frase «*post tempus luctui statutum*», evitándose así la colisión con *CJ. 5.9.2*

denominar «usufructo» a la mitad que corresponde a la madre después de haber partido con las hijas, sean una o varias, mitad cuya propiedad está también reservada a los hijos del primer matrimonio.

Más problemas plantea la última parte del texto. Como se recordará, *C. Th.* 3.8.2 recomendaba al marido viudo la conveniencia de que, en iguales condiciones, reservase para los hijos del primer matrimonio los bienes recibidos de la mujer. En este sentido, parece claro que *Int. C. Th.* 3.8.2 quizá se manifieste en tonos un poco más rotundos que su modelo, pero, nos parece, no hasta el punto de haber acogido la obligación legal de la novela 14 de Teodosio y, en consecuencia, haber adaptado el texto³⁴. El párrafo «In hac etiam lege similem... voluit observari», si puede no parecer ya una simple recomendación, sigue siendo una declaración de intenciones, sopena de hacer superflua, en esta concreta parte, la novela 14 de 439, que no sólo pasa al Breviario, como veremos, sino que también es objeto de la correspondiente *Interpretatio*. En otras palabras, la obligación de reservar por parte del marido no está tan clara desde *Int. C. Th.* 3.8.2 si es necesario insistir en ella *Int. Nov. Th.* 7 (= *Nov.* 14).

La distinción operada en 398, *C. Th.* 3.9.1, entre usufructo sobre la donación y usufructo sobre los restantes bienes dejados por el marido³⁵, que quizá haya influido en el distinto tratamiento de la donación nupcial, a efectos del derecho de preferencia de la madre en *Int. C. Th.* 3.8.2³⁶, se mantiene en *Int. C. Th.* 3.9.1:

Clara interpretatione has duas sententias explanavit, ut praeter sponsaliciam donationem, si maritus moriens de patrimonio suo *usufructum* relinquit uxori, iuxta voluntatem eius relicta possideat, ita ut, si mulier postea alio viro nubserit, mox usumfructum ex testamento acquisitum filiis eius refundat, a quo usumfructum fuerat consecuta: usumfructum vero de sponsalicia largitate usque ad obitum suum, sicuti superius alia lex locuta est, merito retinebit: unde haec ipsa post obitum matris ad illius mariti filios, qui donavit, proprietatis reditura est.

³⁴ GACTO, *La condición*, p. 71, nota 104 y bibliografía allí citada

³⁵ *Vid.*

³⁶ OTERO, pp. 60-62.

Régimen que es completado por *Int. C. Th.* 3.8.3, que ya no deja lugar a dudas sobre el hecho de que la viuda que pasa a segundas nupcias, si bien está obligada a reservar a los hijos del primer matrimonio la propiedad de la donación nupcial, conserva sobre ella el usufructo mientras viva:

Notissimum valde est has facultates, quas temporare nuptiarum mulieres a maritis accipiunt, suo dominio vindicare: et si maritos mori contigerit, qui tamen filios derelinquant, et post transacta luctus tempora legitime ad alias nuptias venerint, in diem vitae suae donatarum rerum teneant usufructum. Post obitum vero earum ad prioris mariti filios omnia revertuntur nec exinde aliquid matribus vivis filiis in aliorum iura transferre permissum est.

Como se recordará ³⁷, una de las excepciones al régimen de reserva impuesto al marido y a la mujer viudos en la novela 14 de Teodosio era que el cónyuge supérstite no pasara a segundas nupcias. Pues bien, *Int. Nov. Th.* 7, acogiendo los criterios de la Novela 1 de Livio Severo, del 463, hace obligatorio el régimen de reserva de marido y mujer viudos tanto si contraen segundas nupcias, como si no:

Haec lex confirmat, ut, sicut mulier post mortem mariti omnia, quae ad eam de rebus mariti quolibet ordine pervenerunt, totum filiis profuturum debeat conservare, hoc etiam et patres de rebus maternis simili observatione custodiant (excepto quod eis fuerit filiorum morte quaesitum ea ratione, sicut lex Theodosiani in octavo libro declarat), si ad secunda vota venerint au forte non venerint. Res quae filiis iussae sunt reservari, post quorum obitum si alienatae vel obligatae quoquo pacto fuerint, ubicumque eas potuerint invenire, ad suum dominium filios praecepit revocare. Nam permisit, ut mulier sponsalicia donatione quam a marito percepit, si proprium mulier nihil habeat, dotem exinde ipsi marito possit offerre. Causas vero filiorum patres agere utiliter et cum summa strenuitate constituit et ut dividere aequaliter inter filios facultates maternas aut per se aut per quos elegerint habeant potestatem. sane de omnibus rebus uxoris, quae ad proprietatem mariti quolibet titulo vel nomine, seu donatione seu testamento seu morte filii, pervenerunt, etiamsi ad alias nuptias non transierit, si mortuo eo hereditatem eius filii adire noluerint, omnia, quae de maternis bonis maritus quocumque ordine habuit adquisita, filii sibi,

³⁷ *Vid. supra*, p.

sicut reliquas maternas facultates, apud quoscumque invenerint vindicabunt. Simile ratione, si et mater marito mortuo, etiamsi ad secundas nuptias non venerit, si hereditatem eius filii adire noluerint, omnia, quae de patris facultatibus mater eorum quoquo modo, ut superius dictum est, adquisivit, filii post mortem matris cuius hereditatem repudiaverint ad integrum sibi vindicent ac defendant: quia iustitiae intuitu constat esse prospectum, ut, quia nihil de illius parentis rebus qui posterior moritur habere dinoscitur, vel ea, quae, ex prioris mortui parentis bonis esse constat, ad filios debeant integra pertinere.

Además de la prohibición de anajenar los bienes reservables, se mantiene la posibilidad de que, si los hijos no quieren adir la herencia del padre o madre viuda, reclamen, sin embargo, como maternos o paternos respectivamente los bienes dejados por la madre al padre, o viceversa, siempre que éstos no hayan pasado a segundas nupcias. La *Interpretatio*, por otra parte, eleva al rango de práctica usual, permitiéndola, lo que antes parecía ser algo esporádico: que la mujer que no tiene bienes propios³⁸ entregue como dote lo que ya había recibido del marido como *sponsalicia donatio*.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que al Breviario no pasa la novela 6 de Mayoriano, sólo faltaba insistir en la obligación que tiene la viuda, pase o no a segundas nupcias, de reservar la propiedad de la *donatio* a los hijos, recordando, en cambio, la posibilidad que la mujer tiene de disponer libremente de su derecho de usufructo, principio que ya estaba vigente, aunque aplicado a la sucesión intestada, desde CE 322. Esto se lleva acabo mediante *Int. Nov. Sev.* (única):

Haec lex imperatorum Leonis et Severi ea, quae Maioriani lex de diversis rebus, qua ipsa testatur, observanda esse praeceperat, specialiter vacuavit et id tantum, quod rationabile et pristinis legibus congruum fuit, credidit *reservandum*. Quod ipse sua constitutione confirmat dicens 'illud tantum ex eadem legem retinentes, quod veterum legum confirmat auctoritas': itaque ut non post viri obitum relicta uxor usufructum tantum sponsaliciae donationis habeat et nihil exinde alienare praesumat, sive ad alias nuptias venerit sive certe non venerit, nec aliis nisi tantum omnibus filiis suis ex eo-

³⁸ La alusión a la carencia de bienes por parte de la mujer no estaba en *Nov. Th* 14 (= *BA*. 7).

dem patre genitis, cuius donatio est, haec ipsa sponsalicia largitas aequaliter dimittantur nec liceat matri cui voluerit de filiis aliquid exinde amplius pro sua voluntate donare. Sane de usufructu suo quo ei lege concessum est donandi cui voluerit habeat liberam potestatem. Nam ea, quae de omnibus tantum filiis aequaliter iussa est reservare, nec minuat nec inter filios pro suo arbitrio dividere ulla ratione praesumat. Hoc tamen matribus has lege praestatur, ut salva filiorum utilitate fideiussores pro retinenda hac ipsa sponsalicia donatione dare non debeant, quia talis petitio gravis est de sufficit filiis, quod vel hac lege vel prioribus statutis constat esse prospectum ut, etiamsi matres eorum secundo nubserit, eorum maritorum facultates loco pignoris obligentur et, si quid ipsae matres exinde praesumpserit, de facultatibus earum inlata sibi filii damna resarciant.

c) Parte de la regulación euriciana pasa, en forma de *antiquae*, al Liber Iudiciorum, que ofrece como novedades, respecto al Código de Eurico, la regulación del destino de los bienes extradotales dados por el marido a la mujer (*Liber 5.2.4*) y la regulación de los derechos de disposición de la mujer respecto a la dote marital, antes donación nupcial (*Liber 4.5.2*), aspecto este último que quizá es el más estrechamente ligado con el tema de la reserva binupcial y en el que con más claridad puede apreciarse la similitud con el régimen romano de la reserva sobre la *donatio*. Expondremos brevemente el panorama de las facultades de disposición sobre los bienes extradotales, materia sobre la que no se hace alusión al tema de las segundas nupcias³⁹; analizaremos después las *antiquae* procedentes de CE, 321 y 322, interesantes, como los preceptos euricianos, en la medida en que hacen mención a segundos matrimonios y, finalmente, el precepto que más nos interesa, *Liber 4.5.2*, en torno a la reserva de la dote.

El destino de las donaciones extradotales aparece contemplado en la antigua leovigildiana 5.2.4, precepto según el cual la viuda debe reservar para los hijos las cuatro quintas partes de las donaciones recibidas del marido, que posee en usufructo mientras viva, pero sin facultades dispositivas, disponiendo, en cambio, libremente, de un quinto. En el caso de que no existan hijos, la mujer puede disponer libremente de todo lo que haya recibido

³⁹ Sobre *ant 5.2.4* y *ant 5.2.5*, vid GACTO, *La condición*, p 130 y ss

del marido, pero si muere intestada, los bienes han de ser devueltos al marido donante, si aún vive, o a sus herederos, si ha fallecido. En una línea que recuerda la recomendación de la constitución *Feminae* o el mandato de la Novela 14 de Teodosio, *Liber* 5.2.4 termina obligando al marido a que proceda del mismo modo en el caso de que haya recibido donaciones de su mujer⁴⁰. Ahora bien, de la adaptación de la regulación euriciana, contenida en *CE* 319, a lo preceptuado en la *antiqua* 5.2.4, resulta una excepción a la libertad de disposición de la mujer sobre un quinto de las donaciones o sobre la totalidad de las mismas si no existen hijos en los casos de adulterio y uniones deshonestas, supuestos que *CE* 319 contemplaba partiendo del hecho de que no hubiese descendencia pero que ahora, según la redacción de la *ant.*, 5.2.5., deben entenderse aplicados también al caso de que existan hijos. Todas las modificaciones leovigildianas de *CE* 319 van en la línea de la adaptación de la *ant.* 5.2.5 a *ant.* 5.2.4, estableciendo su paralelismo. Así, mediante la interpolación «si filios non habuerit» se está llamando la atención sobre el hecho de que puede haber descendencia, supuesto que, al menos de forma explícita, no estaba previsto en *CE* 319; esta misma circunstancia hace que los destinatarios finales de las donaciones en caso de adulterio y uniones deshonestas no sean los *heredes donatoris* in genere, sino los herederos y los hijos legítimos del donante. Y, por último, lo mismo que en *ant.* 5.2.4, se prevé la posibilidad de que la mujer mue-

⁴⁰ *Ant Liber* 5 2 4 Si mulier a marito extra dotem de quibuscumque rebus, quacumque donatione vel profligatione conquisitis aut illi debitis, quoquo tempore quodcumque donatum acceperit, si filii de eodem coniugio fuerint procreati, mulier usque ad diem obitus sui secura possideat et de quinta tantumdem parte earum rerum faciendi quod voluerit potestatem obtineat; post obitum vero suum reliqua integra et intemerata filiis ex ipso viro procreatis derelinquat, et nulla occasione exinde, excepto, ut dictum est, quintam partem, quidquam aliut mulier alienare presumat. Quod si ex ipso coniugio filii non fuerint procreati, quidquid mulier de rebus sibi donatis facere elegerit, liberam habeat potestatem ceterum si intestata discesserit, ad maritum eius, si suprestis extiterit, donatio revertatur. Sin autem maritus non fuerit, ad heredes mariti, qui donationem fecit eadem donatio pertinebit. simili ratione et de viris precipimus custodiri de his, que ab uxoribus tempore quocumque donata perceperint. La versión ervigiana de *Liber* 5 2.4, como en otras ocasiones, va dirigida especialmente a salvaguardar las *voluntas testatoris*, mediante la interpolación de frases del tenor «*secundum voluntatem vel ordinationem testatoris*», «*iuxta prescriptum testatoris ordinem*», etc

ra intestada, en cuyo caso las donaciones revierten en favor del marido, si aún vive, o en favor de sus herederos ⁴¹.

De acuerdo con estos datos, y de la combinación de las dos *antiquae* resulta lo siguiente: si existen hijos, la mujer debe reservar para éstos las cuatro quintas partes de lo recibido por donaciones del marido, disponiendo libremente de un quinto. Sólo en el caso de no existencia de hijos, la mujer dispone libremente del total de las donaciones. Pero la libertad de disposición sobre la totalidad de las donaciones o sobre el quinto se ve afectada por la comisión de adulterio y la realización de uniones deshonestas, en cuyo caso lo dejado por el marido lo pierde la mujer en favor de los hijos o de los herederos del donante. La muerte sin testamento de la mujer, finalmente, provoca la obligación de devolver los bienes donados al marido o a sus herederos, dependiendo de si el primero vive o no.

Al lado de esta regulación, el Liber ha acogido, en forma de *antiquae*, la establecida en CE 321 y 322 referente a los derechos de disposición del marido y mujer viudos en el caso de la sucesión intestada.

La redacción recesvindiana de la *ant.* 4.2.13 en muy poco se diferencia de CE 321, salvo en algunas precisiones que no afectan de forma sustancial al problema de la reserva de los *materna* por parte del padre viudo:

Matre mortua filii in patris potestate consistent. Quod si marito supreste uxor forsitam moriatur, filii, qui sunt ex eodem coniugio precreati, in patris potestate consistent, et res eorum, si novercam non superduxerit, ea condicione possideat, ut nihil exinde aut ven-

⁴¹ *Ant Liber 5.2.5* Maritus si uxore sue aliquid donaverit, ipsa post obitum mariti sui in nullo scelere adulteri fuerit conversata, sed in pudicitia permanserit, aut certe si ad alium maritum honestam coniunctione pervenerit, de rebus sibi a marito donatis possidendi et post obitum suum si filios non habuerit relinquendi cui voluerit habeat potestatem. Ceterum si filios non relinquens intestata discesserit, aut maritum eius, si suprestis extiterit, aut ad heredes mariti, qui donationem conscripsit, eadem donatio pertinebit. Si autem per adulterium seu per inhonestam coniunctionem se miscuisse convincitur, quidquid de facultate mariti sui fuerat consecuta, totum incunctanter amittat, et ad heredes donatoris vel ad filios legitimos revertatur. Para la conciliación del hecho de que CE, 319 y *Ant Liber 5.2.5* traten sobre donaciones *post obitum* con la circunstancia de que el marido aún viva, vid. GACTO, *La condición*, p. 133.

dere aut evertere aut quocumque pacto alienare presumat, sed omnia filiis suis integra et intemerata conservet. Fructos tamen omnes cum filiis suis pro suo iure consumat expensis. Cum vero filios ducit uxorem, aut filia maritum acceperit, statim a patre de rebus maternis suam percipiant portionem, ita ut usufructuario iure patri tertia relinquatur. Pater autem tam filio quam filie, cum XX annos etatis inpleverint, mediam ex eadem, quam unumquemque contigerit de rebus maternis, restituat portionem, etiam si nullis fuerint nuptiis copulati. Medietatem vero, dum advixerit, pater sibi vindicet, filiis post obitum relinquendam. Qui autem novercam superduxerit, omnes facultates maternas filiis mox reformet; ne, dum filii cum rebus suis ad domum transeunt alienam, noverce sue vexentur iniuris, Eadem quoque et de nepotibus forma servetur. Quod si pater de his rebus aliquid everterit aut super tempus, quod constitutum est, res filiorum tenere presumserit, omnia de rebus eius illis filiis, de cuius matre res esse videntur, et redenda sunt et omnis modis sarcienda.

La novedad introducida con respecto a *CE 321* radica en la obligación impuesta al padre de indemnizar a los hijos, con sus propios bienes, en caso de haber incumplido la obligación de reservar o en el caso de no haber devuelto los bienes de la madre en el plazo previsto, esto es, después de que los hijos hayan cumplido los veinte años.

Más interesante, por la previsión que introduce en orden a la conservación e identificación de los bienes que deben reservarse nos parece la redacción ervigiana de la misma *ant. 4.2.13*, que recoge lo establecido anteriormente por una novela (*Liber 4.2.13**), al parecer de Wamba⁴². Recogemos aquí únicamente el texto ervigiano en lo que se diferencia de la redacción de Recesvinto:

Quod si pater novercam superduxerit, qui valde indignum est, ut filii eius, patris potestate vel gubernatione relicta, in alterius tuitione deveniant, filios suos pater ille, qui novercam duxerit, non relinquat; sed filios et res eorum iuxta superiore modum tuitionis ordine regat; eta tamen, ut inventarium de rebus filiorum suorum manu sua conscriptum coram iudice vel heredibus defuncte mulieris strenue faciat, et tali se placiti cautione in heredum illorum nomine constringat, quibus tutela ipsa pertinere, si pater defuisset, legitime poterat, ut nihil de rebus filiorum suorum evertat, sed filiorum suorum vitam sollicito voto vel actu salvare intendat, et

⁴² ZEUMER, *Historia*, p 300 y 310, D'ORS, *El Código*, p 258, nota 868

res eorum absque aliqua perditionis diminutione tuendas accipiat; si tamn voluerit. Quod si pater ipse, qui novercam duxerit, tuitionem filiorum suscipere noluerit, tunc a iudice propinquor ex matre tutor eligendus est, qui tuitionem pupillorum accipiat.

Al margen de los problemas relacionados con la tutela de los hijos, de los que no nos ocupamos, es interesante resaltar aquí que desde la novela de Wamba, el padre que casa por segunda vez está obligado a realizar de propia mano, ante el juez o ante los herederos de la cónyuge premuerta, un inventario de los bienes cuya propiedad pertenece a los hijos del primer matrimonio y, además, a presentar fianza ante los herederos a los que, caso de que él muriese, correspondería la tutela de aquéllos. La medida, que en cierto sentido y parcialmente recuerda lo establecido por Mayoriano respecto a la *sponsalicia largitas*, tiene por finalidad, además de la individualización de los bienes cuya propiedad pertenece a los hijos, evitar que el padre los malgaste y, de esta forma, asegurar su íntegra devolución a la muerte de aquél.

Una última *antiqua* del Liber, la 4.2.14, que procede de CE 322, reproduce, con una leve interpolación, la regulación euriciana respecto a las facultades dispositivas de la viuda sobre los *paterna*, insistiéndose, por tanto, en la pérdida de la porción usufructuaria, en favor de los hijos, caso de acaecer segundo matrimonio ⁴³.

Ahora sólo resta, de acuerdo con el esquema trazado al co-

⁴³ *Ant Liber 4 2 14*. Mater, si in viduitate permanserit, equalem inter filios suos, id est qualem unusquisque ex filiis, usufructuariam de facultate mariti habeat portionem, quam usque ad tempus vite sue usufructuario iure possideat. Ceterum nec donare nec vendere nec uni ex filiis conferre presumat. Quod si eam filii portionem ipsam matrem evertere seu per negligenciam sive per odium forte prespexerint, ad comitem civitatis aut ad iudicem referre non differant, ut matrem sua contestatione commoneant, ne res, quas usufructuarias accepit, evertat. Nam usufructum, quem ipsa fuerat perceptura, dare cui voluerit, filio vel filie, non vetetur. Sed et quod de ipso usu sibi debito iuste conquirere potuerit, faciat quodcumque illi omnimodis iustissime placuerit. Verum si ex ea usufructuaria portione aliquid probatur eversum, filiis post mortem matris de eius facultatibus sarciatur. Post obitum vero matris portio, quam mater acceperat, ad filios equaliter revertatur, quia non possunt de paternam hereditatem fraudari. Quod si mater ad alias nuptias forte transierit, ex ea die usufructuariam portionem, quam de bonis mariti fuerat consecuta, filii inter reliquas res paternas, qui ex eo nati sunt coniugio, vindicabunt.

mienzo de este apartado, examinar el problema de la reserva impuesta a la viuda sobre la *donatio sponsalicia*, ya convertida en dote marital. El Liber, sin embargo, no se ocupa del caso inverso, es decir, de la reserva que pesaría sobre los bienes que la mujer entrega al marido en contraposición a la dote marital, quizá, como piensa Gacto, porque tales bienes están equiparados a los materna, cuya regulación ya está en *Liber* 4.2.13⁴⁴. Veamos, pues, la suerte que, en punto a la institución de la reserva, corre la *donatio* en el último derecho visigodo.

Pese a que de las palabras de Chindasvinto en *Liber* 4.5.1 y 4.5.2 parece deducirse una total libertad por parte de la viuda para disponer de la *donatio*⁴⁵, ahora denominada *dote*, los textos de algunas fórmulas visigóticas, aunque sin plantearse el supuesto de las segundas nupcias, indican, por el contrario, que ya antes de Chindasvinto la mujer debía reservar la dote marital a los hijos, lo que concuerda perfectamente con la naturaleza y configuración de la *donatio* en el derecho bajoimperial como un patrimonio con el que la viuda pudiese subvenir a sus necesidades a la muerte del marido y que debía entregarse después a los hijos⁴⁶. Donde sí se hace alusión al tema de las segundas nupcias es en *Liber* 4.5.2, precepto en que Chindasvinto regula el destino de la dote marital:

Quia mulieres, quibus dudum concessum fuerat de suis dotibus iudicare quod voluissent, quedam repperiuntur, spretis filiis vel nepotibus, easdem dotes illis conferre, cum quibus constiterit nequiter eas vixisse, adeo necesse est illos exinde percipere commodum, pro quibus creandis fuerat adsumtum coniugium. Denique constituentes decernimus, ut de dote sua mulier, habens filios aut nepotes, seu causa mercedis ecclessiis vel libertis conferre, sive cui-cumque voluerit, non amplius quam de quarta parte potestatem habebit. Nam de tres partes legitimis filiis aut nepotibus, seu sit unus, sive forsitam plures, absque dubio relictura est. De tota interim dote tunc facere quod voluerit erit mulieri potestas, quando nullum legitimum filium filiamve, nepotem vel neptem suprestem relinquerit. Verumtamen femine, quas contigerit duobus viris aut

⁴⁴ GACTO, *La condición*, pp 76-79.

⁴⁵ Así piensa, GARCÍA GARRIDO, *El régimen*, pp 425-426.

⁴⁶ Vid OTERO, pp. 11-12; GACTO, *La condición*, pp. 67-68 y nota 99, p. 76

amplius nubere atque ex eis filios procreare, non eis licitum erit, dotem ab alio marito acceptam filiis aut nepotibus ex alio viro genitis dare: sed unusquisque filius filiae, nepos aut neptis ex ipsa linea procreati dotem, quam avus aut pater eorum concesserat, post mulieris obitum per omnia secuturi sunt.

La mujer viuda, pues, sólo dispone libremente de la toda la dote en el caso de que no haya tenido descendencia. Si existen hijos o nietos, la mujer habrá de reservar para ellos las tres cuartas partes de la dote, pudiendo disponer libremente del cuarto restante de la misma. Por lo que se refiere al problema que más nos interesa, la ley de Chindasvinto presenta un gran parecido con la solución que en 422 adoptaron Honorio y Teodosio ⁴⁷, al regular el destino de la donación nupcial si existían hijos de distintos matrimonios, consecuencia de sucesivas nupcias de la viuda. En efecto, las tres cuartas partes de los bienes dotales que la viuda debe reservar para los hijos, deben entenderse reservados para los hijos habidos en el matrimonio respectivo, por lo que en el caso de diversos matrimonios, los hijos sólo tendrán derecho a los bienes dotales que entregó su respectivo padre a la madre común. Ni los hijos del primer matrimonio podrán suceder a la madre en la dote que entregó un segundo esposo, ni al revés. Las mismas previsiones juegan cuando el supuesto tiene lugar entre abuelos y nietos.

III. Este estado de cosas, es decir la tradición teodosiana vulgar contenida en el *Liber Iudiciorum*, va a ser el imperante en tema de reserva binupcial durante el período subsiguiente, prácticamente hasta las Leyes de Toro, en cuya ley 15, comentada, desarrollada y explicada por la doctrina es en donde verdaderamente se opera la recepción justiniana por lo que se refiere a la institución que estamos analizando. Ello es así por varias razones. En primer lugar, porque las soluciones contenidas en el *Liber*, abstracción hecha de su persistencia como derecho general de todos los cristianos después de la caída de la monarquía visigoda, siguen estando en vigor en todos aquellos territorios que han recibido el Fuero Juzgo como derecho municipal, aunque con las va-

⁴⁷ Vid supra p

riantes terminológicas propias de esta redacción. Así, donde Liber hablaba de dote, antes donación nupcial, Fuero Juzgo habla de arras (*FJ* 4.5.2). En segundo lugar, porque los fueros municipales no ofrecen una regulación específica en torno a la reserva impuesta al viudo que casa por segunda vez y cuando, de forma aislada, encontramos algo que se le parezca, lo hacen dentro de la tradición visigótica. En tercer lugar, porque el Fuero Real, si bien, como dice mi maestro, representa el primer paso hacia la renovación jurídica por medio del Derecho Común⁴⁸, la utilización del mismo en el texto alfonsino es todavía parca y, por lo que se refiriera al tema de la reserva, *FR* 3.2.1 no hace sino moverse dentro de los esquemas del Liber, en concreto de la ley de Chindasvinto 4.5.2, como hemos de ver. En cuarto y último lugar, porque ha sido también la tradición visigótica, al menos en el tema que a nosotros nos interesa, la que ha inspirado algunos preceptos de las Partidas, que, si introducen algunas pequeñas novedades, no demuestran, ni de lejos, el grado de recepción o, si se quiere, de renovación, que puede detectarse en otras instituciones. Véamos, por tanto, cómo se aprecia esa influencia visigótica de la que hablamos.

a) Como hemos dicho, los fueros municipales no contienen ningún precepto en que se obligue al bínubo a reservar a los hijos del primer matrimonio los bienes recibidos del cónyuge premuerto. Téngase en cuenta, en este sentido, la existencia de comunidades patrimoniales familiares constituidas no sólo por los padres e hijos, sino también por el cónyuge viudo y sus hijos, en las que se necesita el consentimiento de todos los miembros para la realización de actos de enajenación, evitándose así que el patrimonio familiar se disperse y vaya a parar a otras familias distintas a las que originariamente pertenecía. La propia configuración de estas comunidades familiares salvaguarda, por tanto, el

⁴⁸ Aunque A IGLESIA FERREIROS se ha ocupado repetidas veces, y en distintas sedes, de la obra alfonsina, vid últimamente su extenso estudio *La labor legislativa de Alfonso X el Sabio*, en *España y Europa Un pasado jurídico común*, Murcia, 1986, pp 275-599 (manejamos separata), donde, fundamentalmente en la primera parte, analiza la triple tarea alfonsina de reivindicación del monopolio de la creación del Derecho, unificación jurídica y renovación jurídica y su consecución práctica a través de Fuero Real, Espéculo y Partidas.

derecho de los hijos habidos en el matrimonio, que aparecen como copropietarios junto con el cónyuge viudo, frente a posibles actuaciones de éste, si habiendo contraído segundas nupcias, tiene descendencia con una segunda mujer⁴⁹. Por otra parte, debe tenerse en cuenta la obligación, prevista en los fueros castellanos y leoneses, que pesa sobre el viudo de efectuar la participación de las ganancias con sus hijos antes de contraer segundo matrimonio y las soluciones que los tales fueros arbitran para el caso de que cada cónyuge viudo tenga hijos de otros matrimonios, evitándose así la concurrencia no sólo entre la descendencia de las distintas uniones, sino también entre los hijos habidos en cada matrimonio y los padrastros⁵⁰. Fuera de estos supuestos, que de alguna forma salvaguardan el derecho de los hijos del primer matrimonio en el caso de que el padre o la madre viudos pasen a segundas nupcias, no se encuentra en los fueros la obligación de reservar. Sin embargo, sí existe un fuero, el de Zamora, que al regular las arras, y aunque el supuesto no es exactamente igual a *Liber* 4.5.2, viene a insistir en una idea ya conocida por nosotros: la imposibilidad de que hijos de distintos matrimonios participen en las arras, si no es en las que su respectivo padre entregó a la madre. Dice así *Fuero de Zamora* 39:

Toda mugier que arras ovier e morir sin fillo, e marido ovier quelelas aya dadas, estas arras sean quitas. E se morier ante el marido que lelas dier, ela mugier devengue suas arras, e faga dellas ello que se quisier. E se fur atal mugier que aya fillos asua muerte, deleyxe suas arras a so marido en que viva, ellos fillos no le podan passar aelas en sua vida. El el marido tengalas para atal preyto que no las novenda, nennas done, nennas malmeta, nennas engaye, nen fillo de otra mulier nunca enelas parta, mientre fueren vi-

⁴⁹ Sobre estas comunidades familiares y sus efectos en el aspecto patrimonial, vid VALDEAVELLANO, L. (G. de), «La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval», en *Estudios Medievales de Derecho Privado*, Sevilla, 1977, pp 295-321, MONTANOS FERRÍN, E., *La familia en la Alta Edad media española*, Pamplona, 1980, p. 161 y ss

⁵⁰ Para esta materia, vid MARTÍNEZ GIJÓN, J., «La comunidad hereditaria y la participación de la herencia en el Derecho medieval español», en *AHDE*, XXVII-XXVIII (1957-1958), p 274 y ss y GACTO, *La condición*, p 121 y ss., que sigue al primero.

vos aquellos fillos de la otra mugier de quien foron elas arras. E por nenguno otro preyto non sean quitas ⁵¹.

En el derecho visigodo, la mujer viuda, habiendo hijos del matrimonio, no disponía libremente de la dote, ahora llamada arras, sino que debía reservar una parte de los bienes dotales para aquéllos. Pues bien, FZ contempla el caso contrario, puesto que se refiere al supuesto de que la mujer a la que se le entregaron las arras haya muerto, y obliga al marido que las entregó a reservarlas para los hijos habidos en el matrimonio, con prohibición de enajenarlas, insistiendo, como lo hacía *Liber* 4.5.2 para la dote, en que los hijos de diversos matrimonios no participen sino en las arras que entregó su respectivo padre. Sólo en el caso de no existir descendencia se faculta al padre para disponer libremente de las arras, una vez muerta la mujer a la que se las entregó.

b) El Fuero Real sigue todavía más de cerca la tradición visigótica ⁵² en orden a las facultades dispositivas de la viuda. Además de establecer la pérdida, en favor de los hijos habidos en el matrimonio, o de los nietos, de la mitad de los bienes de la viuda si casa antes del año de luto ⁵³, regula, en estrecha conexión con el *Liber* el destino de las arras y de las donaciones efectuadas por marido. Tanto unas como otras, en la forma en que enseguida ve-

⁵¹ Citamos por CASTRO, A., y ONIS, F. de, *Fueros Leoneses de Zamora, Salamanca y Alba de Tormes*, Madrid, 1916

⁵² Para el problema que aquí nos interesa carece de relevancia si los redactores del Fuero Real utilizaron el texto latino o el Fuero Juzgo. Últimamente, aunque con relación al proceso, Jesús Vallejo ha puesto de manifiesto la preferente utilización del *Liber*, en detrimento de la utilización del texto romanceado, partiendo, como es lógico, de la inexactitud de la identidad *Liber* = Fuero Juzgo. VALLEJO, J., «La regulación del proceso en el Fuero Real: desarrollo, precedentes y problemas», en *AHDE*, LV (1985), pp. 580-611

⁵³ En los fueros castellanos y leoneses se suele obligar a la viuda que no respeta el año a pagar una determinada cantidad de dinero. Vid. GACTO, *La condición*, p. 24 y ss. Por su parte, *FR* 3 1.13 dispone: Ninguna mugier biuda non case del dia que muriese su marido fasta un año cumplido, e si ante casare sin mandato del rey, pierda la meytad de quanto oviere, e ayanlo sus fijos o nietos que oviere del marido muerto, e si los non oviere, ayanlo los parientes mas propinuos del marido muerto (Citamos por *Fuero Real del Rey don Alonso el Sabio. Copiado del Códice del Escorial y cotejado con varios codices de diferentes archivos por la Real Academia de la Historia*, Madrid, 1836; ed. facsímil, Valladolid, 1979)

remos, ostentan la condición de bienes reservables para los hijos del matrimonio y, por tanto, no pueden enajenarse libremente.

La ley de Chindasvinto *Liber* 4.5.2 tiene su reflejo, por lo que respecta al destino y condición de los bienes arrales, en *FR* 3.2.1:

Todo ome que casare non pueda dar mas en arras a su muger del diezmo de quanto oviere, et si mas le diere o pelyto sobrello ficiere non vala Et si por aventura mas diere, los parientes mas propincos del marido lo puedan demandar por él. Et si la muger aviendo fijos deste marido finare, pueda dar por su alma la quarta parte de las arras, o a qui quisiere, et las tres partes finquen a los hijos de aquel marido onde las ovo, e si fijos non oviere, faga de sus arras lo que quisiere, quier en vida quier en muerte Et si ella moriere sin manda e non oviere fijos dél, finquen las arras al marido que gelas dio o a sus herederos. Et si la muger oviere fijos de dos marido o de mas, cada unos de los fijos hereden las arras que dió su padre de guisa que los fijos de un padre non partan en las arras que dió el padre de los otros. Et si el padre o la madre dar arras por su fijo, non puedan dar mas que el diezmo de lo que puedan heredar dellos

Aparte del problema de la cantidad que puede darse en concepto de arras, que es tema que no nos interesa aquí, es preciso señalar que la mujer sólo dispone libremente de las arras entregadas por su marido en el caso de no existencia de hijos. Si éstos existen, las arras les están reservadas⁵⁴ en la cantidad de tres

⁵⁴ Arias de Balboa, al glosar *FR* 3.2.1 y concordarlo con «La II.ª ley, del título V.º, libro III.º, del fuero de Toledo», habla de la «dote y la donación» como bienes cuya propiedad está reservada a los hijos habidos en el matrimonio, correspondiendo al viudo que sobreviva tan sólo el usufructo sobre los mismos. Vid. CERDÁ RUIZ-FUNES, L., «Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla», en *AHDE*, XXI-XXII (1951-1952), p. 904. La razón de tal comentario, que excede del estricto contenido de *FR* 3.2.1 y de su modelo, *Liber*, 4.5.2, se debe a haber tenido presente *P* 4.11.23 (Debe tenerse presente, sin embargo, que en la actualidad es bastante dudosa la paternidad de las glosas editadas por Cerdá y desde luego la atribución de las mismas a Arias de Balboa, vid. sobre ello, PÉREZ MARTÍN, A., «Las glosas de Arias de Balboa al Ordenamiento de Alcalá. Su edición y estudio», en *Festgabe Coing*, Frankfurt am Main, 1982, p. 247 e IGLESIA FERREIROS, A., «Fuero de alvedrio», Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra —«Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz», Coimbra, 1983, p. 34 s.) Pese a ser más tardía, la glosa de Alonso Díaz de Montalvo al precepto de *FR*, es totalmente muda en lo que se refiere al problema de la reserva de las arras, limitándose a un breve comentario sobre la imposibilidad, por parte de los padres, de dar arras por el hijo por más del diez-

cuartas partes, en la inteligencia de que si la viuda contrae segundas nupcias y tiene hijos en sucesivos matrimonios, la reserva sólo se predica de los que hayan nacido en el respectivo matrimonio, por lo que cada hijo o grupo de hijos han de participar y suceder a la madre bínuba tan sólo en las arras que entregó su padre.

La misma condición de bienes reservables, aunque sin aludir a segundas nupcias, tienen los procedentes de donaciones hechas por el marido, estableciéndose, en conexión con *Liber 5.2.5*, la libertad de la madre viuda para disponer enteramente de los mismos sólo en el caso de que «*fijos derechos non dexare*»⁵⁵.

c) Como hemos advertido antes, en muy poco se va a diferenciar la regulación ofrecida por las Partidas, tanto en lo que se refiere a los bienes reservables como en lo referente a las personas obligadas a reservarlos, del panorama hasta aquí trazado.

Lo mismo que Fuero Real, pero con otro alcance, Las Partidas siguen penando las segundas nupcias de la viuda, estableciendo, por una parte, la pérdida, en favor de los hijos del matrimonio, de las arras y de la donación que hizo el marido si casa antes del año de luto, salvo que obtenga licencia del Rey para contraer matrimonio antes del plazo legal⁵⁶ y por otra, la imposibilidad de que la viuda que casa antes del año sea instituida heredera ni por extraños ni por parientes del cuarto grado en adelante⁵⁷.

mo de lo que le correspondería heredar Vid *El Fuero Real de España diligentemente hecho por el noble rey don Alonso IX. Glosado por el egregio doctor Alonso Díez de Montalvo*, tomo II, Madrid, 1781, p 15

⁵⁵ FR 3 12 9. Sy el marido diere a su muger alguna cosa que gela pueda dar, e ella despues de muerte de su marido ficiere buena vida, ayala fasta su muerte, e a su muerte faga della lo que quisiere, si fijos derechos non dexare et si manda non ficiere, tornese al marido que la dió, o a sus herederos si fuer muerto, o si non dexare fijos de bendicion Et si por aventura despues de muerte de su marido non ficiere buena vida, pierdalo todo quanto le diere el marido, e ayanlo los herederos del marido

⁵⁶ P. 4 12 3

⁵⁷ P 6 3 5 Las penas contra las viudas que casan antes del año de luto son suprimidas en 1400 (NR 5 1 3 = Nov R. 10 2 4. Mandamos que las mugeres viudas puedan libremente casar dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren, sin alguna pena, y sin alguna infamia, ella ni el que con ella casare, no obstantes cualesquier Leyes de Fueros, y ordenamientos, y otras cualesquier leyes, que en contrario sean hechas y ordenadas las quales anulamos, y revocamos, y mandamos a nuestros jueces, y Alcaldes de la nuestra Casa y Corte, y Chã-

En lo tocante a los bienes reservados a los hijos y a las personas obligadas a tal reserva, dos preceptos debemos tener en cuenta: *P. 4.11.23* y, sobre todo, *P. 5.13.26*. En el primero de ellos, aunque sin plantear el problema de las segundas nupcias, se establece que la dote que entrega la mujer al marido y la donación que hace el marido a la mujer pertenecen en propiedad a los hijos habidos de consumo, conservando el cónyuge que permanezca vivo el usufructo. Pero este régimen, por lo que se refiere a las segundas nupcias y teniendo únicamente en cuenta a la viuda, es completado por *P. 5.13.26*:

Marido de alguna muger finado, si casase ella despues con otro, las arras e las donaciones quel marido finado le oviere dado en salvo fincan a sus hijos del primer marido, e deuen las cobrar, e auer después dela muerte de su madre e para ser seguros desto los fijos, fincan les porende obligados, e empeñados calladamente todos los bienes de la madre. Esso mismo decimos que sería si muriesse el marido de alguna muger de quien oviesse fijos, e teniendo ella en guarda a ellos, e a sus bienes se casasse otra vez, que fincan entonce todos los bienes de la madre obligados a sus fijos, e aun los de aquel con quien casa, fasta, que ayan guardador, e que les den cuenta e recabdo de lo suyo ⁵⁸.

Al margen, evidentemente, de los bienes que ya pertenecían a los hijos, la viuda que casa por segunda vez debe reservar a los hijos del primer matrimonio las arras y las donaciones que haya recibido del su cónyuge premuerto. La innovación, por tanto, res-

cillería, y de todas las ciudades, villas, y lugares de nuestros Reynos y Señoríos, que no atienten de proceder, ni procedã, por la dicha causa, y razõ contra las dichas viudas, ni contra aquellos que con ellas se casaren, sopena de dos mil maravedias para la nuestra Camara, y los que lo contrario hizieren, sean emplaçados que parezcan ante nos en la nuestra Corte), si bien las viudas que viven lujuriosamente durante su viudez pierden la mitad de sus gananciales. *NR 595 = Nov. R 1045*: .. Y otrosi mando, y ordeno, que si la muger fincare viuda, y siendo viuda viviere lujuriosamente, que pierda los bienes que uvo por razón de su mitad de los bienes que fueron ganados, y mejorados por su marido, y por ella, durante el matrimonio entre ellos, y sean bueltos los tales bienes a los herederos de su marido difunto, en cuya compañía fueron ganados.

⁵⁸ Citamos por *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad*, Salamanca, MDLV. En la edición de la Real Academia, el texto transcrito es la Ley 25

pecto a *FR 3.2.1*, consiste en haber incluido como bienes reservables, al lado de las arras, las donaciones del marido. Con el fin de que la mujer haga efectivo cumplimiento de tales obligaciones, sus bienes quedan de modo automático tácitamente hipotecados, asegurando así a los hijos la percepción de los bienes sujetos a reserva, lo que constituye una segunda novedad.

Hasta aquí, la regulación que la institución de la reserva recibe en el derecho castellano bajomedieval. Inmeditamente surgen, sin embargo, las dudas en torno a si, además de arras y donaciones, otros bienes recibidos por la viuda y procedentes del marido están también sujetos a reserva y dudas en torno a la posición del viudo. ¿Está éste, en iguales circunstancias, obligado a reservar los bienes procedentes de la cónyuge premuerta? ¿Cómo un texto, como las Partidas, que en otras materias ofrece una extensa disciplina procedente de la Recepción ofrece, sin embargo, un panorama tan exiguo en torno a la institución de la reserva binupcial?

IV. Todas estas dudas referentes a los supuestos no contemplados en *P. 5.13.26* intentan ser resueltas en las *Leyes de Toro*, cuya Ley 15, pese a su aparente claridad, no deja de plantear problemas.

Conviene, antes de entrar en el análisis de la Ley 15, desbrozar el camino fijando qué bienes no están nunca sujetos a reserva, cuestión que perfectamente deja clara la precedente Ley 14 de Toro:

Mandamos que el marido y la muger suelto el matrimonio aunque casen la segunda o tercera vez, o más, pueda disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero ó segundo, ó tercero matrimonio, aunque aya avido hijos de los tales matrimonios ó de alguno de dellos, durante los quales, matrimonios los dichos bienes se multiplicaron como de los otros sus bienes propios que no oviesen sydo de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propiedad, ni usufructo de los bienes.

Los viudos, por tanto, aunque contraigan ulteriores nupcias y hayan tenido hijos de anteriores matrimonios, no están obligados a reservar a aquéllos ni la propiedad ni el usufructo de los bienes gananciales ni, con mayor razón, sus bienes propios, esto es, aquéllos que no son «*multiplicados*» durante el matrimonio o que no sean «*de ganancia*».

Veamos ahora qué nos depara la Ley 15 de Toro respecto a los bienes reservables y a las personas obligadas a reservar;

En todos los casos que la mugeres, casando segunda vez, son obligadas a reservar a los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primer marido, o hereden de los hijos del primer matrimonio, en los mismos casos el varon que casare segunda, o tercera vez, sea obligado a reservar la propiedad dellos a los hijos del primer matrimonio; de manera que lo establecido cerca deste caso en las mugeres que casaren segunda vez, haya lugar en los varones que pasaren a segundo o tercero matrimonio.

Varios mandatos se desprenden del texto: 1) la mujer viuda que contrae segundas nupcias está obligada a reservar a los hijos del primer matrimonio los bienes que haya recibido del marido ⁵⁹; 2) debe también reservar lo que haya heredado de los hijos del primer matrimonio; 3) en los mismos casos y con respecto a los mismos bienes y personas, queda obligado a reservar el padre viudo; 4) lo establecido por segundos matrimonios es aplicable a los ulteriores.

Que las mujeres viudas que casaban segunda vez estaban obligadas a reservar para los hijos del primer matrimonio, según la tradición hispánica, determinados bienes procedentes del primer marido, ya lo sabíamos. Pero lo que no procede de esa tradición es la obligación por parte de la viuda de reservar también lo heredado de los hijos y, mucho menos, la extensión de la obligación de reserva al padre bínubo «*en todos los casos que las mugeres, casando segunda vez, son obligadas a reservar*». ¿Cuáles eran estos casos en el derecho anterior a la promulgación de las Leyes de Toro? Recapitulemos. Desde el Liber, y al margen de aquellos bienes cuya propiedad pertenece a los hijos, total o parcialmente, y de aquellos que están reservados con independencia de las segundas nupcias del padre o de la madre, y que hemos ido indicando en cada apartado, el segundo matrimonio de la viuda implicaba la reserva de la dote (*Liber*), de las arras (*Fuero Real*) y de las arras

⁵⁹ Si no existen hijos, las arras pertenecen a los herederos de la mujer. Ley 51 de Toro Si la muger no oviere hijo del matrimonio en que interviniere promisión de arras y no dispone expresamente de las dichas arras, que las aya el heredero ó herederos della, y no el marido, ora la muger haga testamento, ó no

y donaciones hechas por el marido (*Partidas*). Es decir, ni todos los bienes procedentes del marido estaban reservados a los hijos como consecuencia de las segundas nupcias de la madre, ni la viuda estaba obligada a reservar los bienes heredados de los hijos. Y, como puede desprenderse de lo dicho anteriormente, la obligación de reservar por segundo matrimonio estaba siempre dirigida a la madre viuda, nunca al padre que casa por segunda vez.

La Ley 15 de Toro, pues, está presuponiendo una regulación, incorporando además nuevos supuestos a la misma, sobre algo que, aparentemente, no tiene fundamento ni en las propias *Leyes de Toro* ni el derecho inmediatamente anterior. La Ley 15 de Toro, dijo Llamas Molina en su tardío comentario, «contiene dos suposiciones y otras tantas resoluciones. Las suposiciones son que la madre que casare segunda vez está obligada a reservar a los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que hubiere recibido del primer marido y hubiere heredado de los hijos del primer matrimonio. Las resoluciones se reducen a que el marido que casare segunda vez reserve a los hijos del primer matrimonio la propiedad de los bienes que hubiera recibido de su mujer y heredado de los hijos del primer matrimonio»⁶⁰.

Pues bien, estas «suposiciones» y «resoluciones» de que habla Llamas se mantuvieron hasta el período de la Codificación porque la Ley 15 de Toro pasó íntegramente a la *Nueva Recopilación* (5.1.4) y más tarde a la *Novísima Recopilación* (10.4.7), constituyendo el derecho en materia de reserva binupcial hasta los intentos codificadores en el campo civil. El problema que queremos abordar ahora es el siguiente: cómo a partir de la parca y un tanto críptica Ley 15 de Toro y del también parcial derecho anterior a la misma se ha llegado a la más minuciosa y extensa regulación que la reserva recibe en los artículos 800 y siguientes del Proyecto de García Goyena y los artículos 968 y siguientes del Código Civil vigente.

Responder a esta pregunta significa, en último término, averiguar a qué *casos* se refería la Ley 15 de Toro cuando determi-

⁶⁰ LLAMAS MOLINA, S., *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro* Tomo I Madrid, tercera edición, 1853, nums 2 y 3, p 285 (= LLAMAS, *Comentario*)

naba la obligación de reservar por parte de la viuda que casa segunda vez y el fundamento, o los precedentes en que se basaron los redactores del texto taurino, de la extensión de la reserva de los bienes heredados de los hijos y al padre viudo. Como hemos dicho, ni la disciplina sobre la primera cuestión ni los precedentes a que nos referimos se encontraban en el derecho genuinamente hispánico. ¿Dónde, entonces? Como enseguida hemos de ver, en el derecho romano. Y no precisamente en la tradición vulgar teodosiana que hemos analizado en el primer apartado, sino en la versión justiniana de la constitución *Feminae* (CJ. 5.9.3) y de la Novela 14 de Teodosio II (CJ. 5.9.5) y en el mismo desarrollo ulterior de la institución por parte de Justiniano en el Código (CJ. 5.9.6, 5.9.7 y 5.9.8) y en las Novelas (Nov. 2,22 y 98, fundamentalmente). Son bien ilustrativas las observaciones que en este sentido hicieron en su momento Llamas y García Goyena. El primero de ellos había tratado inútilmente de encontrar la explicación histórica en el derecho hispánico a la obligación, impuesta en la Ley 15 de Toro, de reservar los bienes heredados de los hijos, y concluye:

El fundamento de esta doctrina estriba en que por la presente Ley de Toro nada se innovo en lo dispuesto por las anteriores, y estas eran las civiles de los romanos, pues las reales nada disponían en la materia, y así únicamente se limitó su disposición á estender á los padres la obligación que tenían las madres de reservar a los hijos del primer matrimonio lo que hubieren heredado de alguno de ellos ⁶¹.

Y en términos parecidos, aunque esgrimiendo más argumentos, se manifestaba García Goyena:

Convenían, pues, todas ellas ⁶² en hablar únicamente de la viuda, no del viudo; en no sujetar a reserva lo dejado por el marido en última voluntad, ni lo heredado de uno de los hijos del primer matrimonio.

Pero como la reserva traía su origen del Derecho Romano, y como la autoridad de sus intérpretes llegase á ser tanta en nuestros tribunales para la decisión de los pleitos que en falta de la otra debía

⁶¹ LLAMAS, *Comentario*, núm 41, p 291

⁶² Se refiere a las leyes del *Liber* (*Fuero Juzgo*), *Fuero Real* y *Partidas*

tenerse por tal, según lo ordenado por los mismos Reyes Católicos en la pragmática de Madrid de 1599 (sic)⁶³, aconteció sin duda que las disposiciones del Derecho Romano sobre la reserva, mucho más amplias y explícitas que las de los Fueros y Partidas, prevalecieron en el foro y tuvieron fuerza de leyes en la práctica⁶⁴.

En otras palabras, ha sido el desarrollo y tratamiento doctrinal de los textos, fundamentalmente de P. 5.13.26, pero sobre todo de la propia Ley 15 de Toro, y no la legislación, el encargado de ir perfilando la institución de la reserva, acomodando la tradición genuinamente hispánica al Derecho común, que es ahora objeto de Recepción. Si la Recepción teórica se había operado en las Partidas, en sede de reserva binupcial hemos de convenir en que se produce más tardíamente. Veámos como, ciñéndonos a los problemas fundamentales que venimos analizando, esto es, personas obligadas a reservar y bienes sujetos a reserva.

Una evidente necesidad de adaptación de la tradición hispánica al derecho romano justinianeo se deriva del mismo texto de P. 5.3.26, que sólo parcialmente contenía la regulación de la reserva. Una simple ojeada a la glosa de Gregorio López nos pone de manifiesto cómo, ante la falta de otros precedentes, el derecho romano justinianeo acude en auxilio del glosador a la hora de resolver aquellos problemas o no planteados o no resueltos por el texto alfonsino⁶⁵. Así, la cuestión de si lo dispuesto en P. 5.13.26

⁶³ Se está refiriendo, evidentemente, a las Ordenanzas de Madrid de 1499

⁶⁴ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* Tomo II Madrid, 1852, apéndice 10, p 364 (= GARCÍA GOYENA, *Concordancias*)

⁶⁵ Coetáneo de Gregorio López, Diego de Covarrubias ofrece el siguiente tratamiento doctrinal sobre la reserva: *Terfio hinc apparet, etiam Jure Canonico procedere l foeminae, C de secund nupt qua cavetur, foeminam secundo nubentem, reservare debere filiis prioris mariti, quidquid lucrativo titulo ex bonis prioris viris acquisivit Atque idem in viro locum habet Ad id etiam conducit pluriman d l generaliter, que statuit virum debere praeservare filiis prioris conjugii, si ad secundum transierit, ea, quae ad ipsum ex dote, vel ex bonis prioris uxoris pervenerunt, in quo idem dicendum est in acquisitis ex legis dispositione, si lucrativo titulo alteri conjugii ex alteris bonis deferantur ut si lex defenrat supersititi, ex bonis alterius conjugii aliquam partem lucrativo titulo, nullo habito respectu ad onus praecedens, id debet filiis prioris matrimonii reservari (COVARRUBIAS, Didaci, *Opera omnia in duos tomos divisa*, I, Coloniae Allobrogum, M DCC XXIV, p 192) Como puede verse, es el apoyo en el Derecho Romano Jus-*

con referencia sólo a la viuda puede aplicarse también al viudo, que Gregorio López resuelve de forma afirmativa acudiendo a *CJ* 5.9.8.3⁶⁶:

glosa (i) *marido* a *P.* 5.13.26:

Idem quod disponit erga bona mulieris obligata, habet locum in bonis viri si uxor praecedat, ut in lege si quis prioris § in illo Cod. de secundis nuptiis

De la misma forma, la invocación de *CJ* 5.9.5 y 5.9.6 sirve a Gregorio López para aclarar que sólo en el caso de que efectivamente se produzcan segundas nupcias tiene lugar la reserva impuesta en *P.* 5.13.26, razonamiento que es extensivo a lo previsto en *FR* 3.2.1 y en la Ley 15 de Toro:

glosa (k) *si casasse* a *P.* 5.13.26:

Si vero non transeat ad secunda vota, non habet locum ista lex, ut in lege generaliter § si Cod. de secundis nuptiis et in lege hac edictali § si ad si tam quod habet in lege 1 titulo 2 libro 3 fori legum et lege 15 in ordinatione thaurinis.

Y si *P.* 5.13.26 sólo sujeta a reserva las arras y las donaciones, es también la tradición justiniana —las constituciones *Feminae*, *Cum aliis*, *Generaliter* y *Haec edictali*— la que sirve a Gregorio López para fundamentar la extensión de la obligación de reservar respecto a todos aquellos bienes que la mujer haya conseguido del marido, vivo o muerto éste, por cualquier título lucrativo, quedando así comprendidos los bienes recibidos por vía testamentaria, de los que *P.* 5.13.26 no se ocupaba:

glosa (l) *las arras e las donas* a *P.* 5.13.26:

Adde lex hac aedictali § illud vero omnibus Cod. de secundis nuptiis et idem dicit generaliter de omnibus quae titulo lucrativo, sive in vita sive in morte a marito conseguta est, ut in lege foeminae, in principio Cod. de secundis nuptiis, et in lege cum aliis et lege generaliter eodem titulo

tiniano, muy señaladamente en la ley *Generaliter*, el que le permite también a Covarrubias establecer un paralelismo, inexistente en la tradición hispánica, entre la mujer y el marido respecto a la obligación de reservar determinados bienes a los hijos del primer matrimonio

⁶⁶ En algunos casos, hemos procedido a identificar la cita de Gregorio López con el correspondiente texto del Corpus

Finalmente, y después de haber hecho extensiva la doctrina de la reserva de los abuelos⁶⁷, se entiende, con apoyo en *CJ* 5.9.6.9, que no sólo los bienes presentes del cónyuge bínubo, sino también los futuros, quedan obligados en favor de los hijos del primer matrimonio, y, en aras del cumplimiento de tal obligación, tácitamente hipotecados:

glosa (a) *Empenados a P.* 5.13.26:

Ut hic et in dicta lege hac edictali § illud vero omnibus, Cod. de secundis nuptiis ubi et est expressum tam de praesentibus bonis, quam de futuris et ex illa lege nota quod in hypotheca tacita veniunt etiam bona futura.

Pero es a partir de los comentarios a las Leyes de Toro de Antonio Gómez cuando asistimos a un copioso y casuístico desarrollo doctrinal de nuestra institución, desarrollo que, armonizando la genuina tradición hispánica con el derecho romano justinianeo, será el que aproveche la Codificación. El punto de partida es, como dejamos dicho, la Ley 15 de Toro. Expondremos este desarrollo acudiendo de modo preferente a los comentarios de Antonio Gómez y sólo secundariamente a los de Alvarez Posadilla y Llamas Molina⁶⁸. La literatura jurídica no ceñida al comentario del texto taurino, incluso la más tardía, ha seguido en muchos tópicos las opiniones de Gómez⁶⁹.

Comencemos, como ya venimos haciéndolo, con el problema de la determinación de los bienes reservables. Retomando la tradición justiniana y el régimen de la reserva contenido en las constituciones del libro quinto, título noveno, del Código, Gómez es exhaustivo a la hora de señalar los bienes que la viuda está obligada a reservar a los hijos de su primer matrimonio si casa por

⁶⁷ Glosa (m), *Fincan a sus hijos*, a *P.* 5.13.26

⁶⁸ Lamentablemente, no hemos podido manejar la obra de Palacios Rubios

⁶⁹ Vid sólo como botones de muestra y sin ánimo exhaustivo, FEBRERO, Josef, *Librería de escribanos é instrucción jurídica theorico práctica de principiantes*, Parte segunda, dividida en tres libros Libro segundo, Madrid, MDCCXVII, p 322 y ss ; MARCOS GUTIÉRREZ, Josef, *Librería de escribanos, abogados y jueces que compuso don Josef Febrero*, Parte segunda Tomo III, Madrid, 1807, 4.ª ed , p 406 y ss., SALA, J , *Ilustración del Derecho Real de España*. Tomo I Madrid, 2ª ed , corregida y adicionada por su autor y arreglada las citas de leyes a la Novísima Recopilación, MDCCCXX, p 230 y ss

segunda vez: todos aquellos que haya conseguido del marido por vía testamentaria, *título institutionis*, por legado, fideicomiso, donación *inter vivos* o por cualquier otro título lucrativo y todo lo recibido por razón de matrimonio, esto es, cualquier tipo de donación nupcial. Sobre todos estos bienes, la mujer no conserva más que un usufructo legal, en tanto nacido *ex legis dispositione*, no pudiendo enajenarlos ni transmitirlos a los hijos del segundo matrimonio ni a extraños:

Coment. in leg. 14, 15 y 16, núm. 1:

Nota decisionem et conclusionem huius legis, pro cuius perfecta declaratione dico et praesuppono⁷⁰, quam si mulier post mortem mariti contrahat secundas nuptias, tenetur reservare filiis primi matrimonii omnia bona, quae habuit à primo marito ex testamento, titulo institutionis, legati, fideicomissi, vel per contractum donationis inter vivos, vel ex alia lucrativa causa: et tantum habebit ius utendi et fruendi, et sic usufructum legalem ex legis dispositione, et non poterit predicta bona alienare in filios secundi matrimonii, nec inter extraneos, etiam si filios ex secundo matrimonio non susceperit⁷¹.

y *Coment.* núm. 3.

Item adde quod talis mulier tenetur reservare etiam illud, quod habuit à marito causa nuptiarum puta sponsalitiám largitatem, donationem propter nuptias, donationem bonorum, vel etiam similem donationem⁷².

Pero la Ley 15 de Toro, como se recordará, sujetaba a reserva no sólo lo recibido por la mujer del marido por los conceptos antes señalados, sino también lo que heredare de los hijos del primer matrimonio. En este punto, es necesario distinguir entre lo que la madre hereda *ab intestato* de lo que hereda *ex testamento*,

⁷⁰ Vid supra p lo dicho por Llamas en torno a la «suposición» contenida en la Ley 15 de Toro

⁷¹ GOMESSI, ANTONII, *Opera omnia, duabus partibus distincta, quarum prior ad leges tauri commentarium absolutissimum, posterior vero variarum resolutionum, tomos tres continet* Lugduni, M.DC.XLI (en adelante, citaremos sólo *Comment.* seguido del número correspondiente y, en algunos casos, de la página)

⁷² Vid también ALVAREZ POSADILLA, J., *Comentario a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación española, en el que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando su decisiones a las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen*, Madrid, MDCCXCVI, p 125 (= ALVAREZ POSADILLA, *Comentario*), LLAMAS, *Comentario*, núm. 6, p 285 y núms. 19-27, pp. 288-289.

ya que, mientras en el primer caso se hereda *ex dispositione legis* y, por tanto, los bienes están, sin ninguna duda, sujetos a reserva, cuando la madre lo hace *ex testamento*, hereda los bienes por voluntad expresa del hijo y como cualquier extraño, circunstancia esta que los excluye de la reserva. La doctrina, recogida por Gómez, proviene de las Novelas 22 y 2, que modificaban *CJ 5.9.3*, ley que sujetaba a reserva los bienes heredados de los hijos ya fuese *ab intestado* ya fuese por vía testamentaria:

Coment. núm. 2:

Advertendum tamen est quod licet de iure antiquo tenebatur reservare, etiam si habuisset praedicta bona ex testamento filii, tamen hodie non tenetur illo casu reservare, sed tantum eo casu quo ab intestato succedit: quia ex testamento dicitur capere sicut extraneus: text. est in Auth. ex testamento, Cod. de secund. nup. cuius verba sunt ex testamento succedit mater liberis suis, quae volavit ad secundas nuptias: sicut institutus quilibet, cuius ratio est, quia quando mater succedit ex testamento filii, dicitur habere ex voluntate eius expresa, et tunc capit sicut quilibet extraneus: sed quando succedit ab intestato, principaliter dicitur capere et habere ex legis dispositione, unde merito potuit sibi istud onus et modum reservationis proprietatis adiicere et imponere.

Si, por tanto, los bienes recibidos *ex testamento* de los hijos no están, en general, sujetos a reserva, es preciso conciliar ahora tal extremo con la Ley 6 de Toro⁷³, que establece que los padres suceden a los hijos tanto *ab intestato* como *ex testamento*, y con la distinción, procedente de la Novela 22, 46, 2, entre bienes profec-

⁷³ Ley 6 de Toro. Los ascendientes legítimos por su orden y linea derecha sucedan ex testamento et ab intestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos como lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos legítimos, o que ayan derecho de les heredar pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hacer qualquier ultima voluntad por su alma, ó en otra cosa qual quisieren. lo qual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades, villas y lugares, do según el fuero de la tierra se acostumbran tornar sus bienes al tronco, ó la rayz á la rayz. Esta Ley 6 de Toro, combinada con el requisito de la prueba del uso que desde el Ordenamiento de Alcalá se impuso a los derechos municipales supuso, por otra parte, un duro golpe para la suerte y desarrollo posterior de la troncalidad en el derecho castellano

ticios y adventicios, lo que explica el comentario de Alvarez Posadilla en el sentido de considerar reservables todo lo recibido de los hijos *ab intestato* y las dos terceras partes de lo recibido por testamento⁷⁴ y el más matizado de Llamas al considerar sujetos a reserva «las dos terceras partes de los bienes profecticios que (la mujer) haya heredado de algún hijo por testamento, y todos los de esta especie que herede *ab intestato*. Los adventicios, bien los herede ex testamento o *ab intestato*, no estará obligada a reservarlos»⁷⁵.

Hasta aquí, los bienes que la viuda está obligada a reservar. La Ley 15 de Toro ordena, sin precedentes en el derecho hispánico, que en los mismos casos se proceda con el padre que pasa a segundo o ulterior matrimonio. La relación de este mandato con el Derecho Romano Justiniano y hasta qué punto éste era tenido en cuenta lo pone de manifiesto Gómez al atribuir a la Ley 15 de Toro en este concreto punto la mera función de dejar clara y terminantemente expuesto, vale decir, insertar en el texto de una ley, lo que ya antes *de iure communi hoc erat decisum* y lo que, si bien no constaba de forma expresa, constituía *communis opinio* de los doctores, a saber: que el padre que pasaba a segundas nupcias estaba obligado a reservar para los hijos del primer matrimonio lo recibido de la mujer y lo heredado de los hijos:

Comment. núm. 4:

Item etiam prosequendo materia dico, quod sicut mater transiens ad secunda vota tenetur reservare filiis primi matrimonii bona, quae habuit a patre, vel ex successione alicuius filii; ita pater transiens ad secunda vota tenetur reservare filiis primi matrimonii bona quae habuit ab uxore, vel ex successione alicuius filii: text. est in lege generaliter, Cod. de secund. nupt. text. in lege si quis prioris, § fin. edod, tit. text. in Auth. de non eligendo... et idem expresse disponit hodie sequens lex 25 his 11. Tauri, et si quaeras in quo fuit ista lex necessaria, cum de iure communi hoc erat decisum, et in eo non esse dubium: potest dici quod iura expresse hoc non disponebant, licet esse communis opinio doctorum: unde nostra l. 15 Tauri voluit expresse hoc decidere et determinare.

⁷⁴ ALVAREZ POSADILLA, *Comentario*, p. 126.

⁷⁵ LLAMAS, *Comentario*, núm 40, p. 291.

Una vez igualados padre y madre viudos en la obligación de reservar los bienes recibidos del cónyuge premuerto y los heredados de los hijos y una vez extendida la obligación de reservar a terceros o ulteriores matrimonios ⁷⁶, faltaba plantearse el problema de la condición de reservables respecto de unos bienes que no eran mencionados por la Ley 15 de Toro: los bienes recibidos por uno de los cónyuges como consecuencia de donación por parte de los consanguíneos del otro. La respuesta, si bien la ley es meramente penal y odiosa y, por lo mismo, no susceptible de extensión a otros casos distintos de los estrictamente contemplados en ella, es afirmativa. La razón de que tales bienes sean reservables es que ese tipo de donaciones se entienden hechas al marido, si recibe la mujer, o al revés, a la mujer, si es el marido quien recibe de los consanguíneos de aquélla, no obstante para tal conclusión, según Gómez, ni el hecho de que la ley no hable de estos bienes ni el hecho de que sea de carácter penal ⁷⁷.

Como queda dicho anteriormente, la obligación de reservar los bienes lleva consigo la imposibilidad de enajenarlos. De aquí la necesidad de adoptar ciertas medidas de garantía, que se reducen a las siguientes: para asegurar el cumplimiento de la obligación de reservar, los bienes del cónyuge que pasa a segundas nupcias quedan tácitamente hipotecados y, además, si los bienes que hay que reservar son muebles, es necesario proceder a su estimación y dar fianza de su restitución a fin de que los reservatarios obtengan sus bienes o, en su caso, la cantidad estimada de su valor y los daños producidos:

Item adde quod talis mulier vel maritus transiens ad secunda vota, non potest aliquo modo alienare predicta bona immobilia quae habuit a primo matrimonio: si vero sint mobilia debet fieri eorum aestimatio per arbitros electos a partibus, et praestare satsdatio, ut post mortem coniugis transeundis ad 2. vota restituatur illud pretium et aestimatio, ver restituatur illa bona mobilia, si non sit deteriora: vel restituantur cum aestimatione damni vel deteriorationis... et pro securitate praedictorum bonorum quae filius primi matrimonii debent reservari, omnia bona ipsius parentis transeun-

⁷⁶ *Comment*, núm 6, p 114

⁷⁷ *Comment*, núm 7, p. 114

tis ad secunda vota sunt tacite p. 1. eis obligata: 1. in si quis prioris, Cod. de secund. nup. 1. 26, tit. 13, part. 5⁷⁸.

¿Qué ocurre si, pese a la prohibición antes mencionada, el cónyuge que debe reservar enajena los bienes sujetos a reserva? En este punto, y con el correspondiente apoyo en el Derecho romano justinianeo, Gómez plantea la cuestión distinguiendo dos supuestos: los de la enajenación hecha antes o después de haber contraído segundo matrimonio. Si la enajenación ha sido efectuada *ante transitu ad secunda vota*, pueden los hijos reivindicar los bienes de cualquier poseedor:

Item adde quod si talis mater ante transitu ad secunda vota alienavit aliqua bona prioris matrimonii: et post alienationem transeat ad secunda vota: quod filii primi matrimonii possunt praedicta bona petere et vindicare a possessoribus licet videatur alienatio facta tempore congruo et permissio⁷⁹.

Si la enajenación fue hecha después de haber contraído segundas nupcias, y pese a la existencia de dudas sobre si los hijos podrían revocar la enajenación y reivindicar los bienes de cualquier poseedor y sobre si el cónyuge pierde el usufructo, consolidándose con la propiedad, que pertenece a los hijos, Gómez se inclina por dar validez a tal enajenación, que podrá, sin embargo, ser revocada a la muerte del obligado a reservar. El argumento es claro: podría darse el caso de que los hijos muriesen antes que el padre o madre bínubos, cesando entonces la obligación de reservar:

.. dubium tamen est si talis mater de facto alienavit praedicta bona quae tenebatur reservare statim amittat illa, et filiis prioris matrimonii possint in vita eius avocare et petere a possessoribus: et videatur quod sic, quia est tantum fructuaria, unde alienando praedicta bona et ius utendi quod habet, statim amittit usumfructum, et consolidatur cum proprietate .. sed ego teneo contrarium, imo quod alienatio valebit et revocabitur post mortem matris, quia potest esse quod filii prioris matrimonii decedant ea vivente, et nihil ad eos pertineat, quod secus est in alio usufructuario: et in terminis pro mea opinione contra Bald. est text formalis et expres-

⁷⁸ *Comment*, núm 5, p 113

⁷⁹ *Comment*, núm 5, p 113

sus in Auth. de non eligendo secundu iubentes, paragrapho hoc autem, collat. 1⁸⁰.

De la propia Ley 15 de Toro y de la doctrina en torno a ella quedaba claro que sólo cuando acaecen segundas nupcias se produce la obligación de reservar. Pero casos, no de reserva, sino de pérdida automática de los bienes, podían producirse si éstos han sido dejados con la condición de no casar o de vivir honestamente. En efecto, si la condición de no casar impuesta a alguien que no ha casado nunca no es admitida, sí se considera válida entre viudos, por lo que lo dejado en adherencia a tal condición se pierde desde el momento en que la misma se incumple⁸¹. El marido o los hijos pueden dejar algo a la mujer bajo la condición de que viva honestamente, por lo que si casa segunda vez pierde lo dejado bajo tal condición. La argumentación es finamente hilada por Gómez: si bien respecto a otros parientes o de extraños la condición de vivir honestamente no se incumple por contraer segundas nupcias, porque el matrimonio es *in se* lícito y honesto y porque *in matrimonio est castitas et maxima pudicitia*, respecto al marido y a los hijos el paso a segundas nupcias es *máxima iniuria* y la mujer debe perder lo que se le dejó bajo aquella condición porque al contraer segundo matrimonio *non servatur pudicitia*⁸². También constituye causa de pérdida de la mitad de los gananciales, de la donación, herencia y legado que el marido hubiese dejado, y de la facultad para testar, la vida lujuriosa de la mujer después de la muerte de su cónyuge, si bien en este caso no se origina la obligación de reservar ni la pérdida de la dote⁸³.

Finalmente, la reflexión doctrinal en torno a la Ley 15 de Toro no se limitó a dejar claro las personas que venían obligadas a reservar y los bienes sobre los que recaía la reserva, sino que también especificó los casos en que cesaba la obligación de reservar, fue-

⁸⁰ *Comment*, núm 5, p 113; cfr ALVAREZ POSADILLA, *Comentario*, pp 126-127, que razona al contrario si la enajenación es hecha antes de las segundas nupcias, los hijos no pueden repetir los bienes «porque no es cierto que hayan de vivir más lejos hijos que los padres», si es efectuada después de contraído el segundo matrimonio, será nula, pudiendo reivindicar los hijos de cualquier poseedor.

⁸¹ *Comment*, núm 8, p 115

⁸² *Comment*, núm 9, pp 115-116

⁸³ *Comment*, núms 16 y 17, pp 119-120

ra, claro está, del supuesto de no existencia de hijos del primer matrimonio. Estos casos eran los siguientes: a) por lo que respecta a la obligación de reservar los bienes conseguidos del marido, el consentimiento o licencia de éste para que la mujer contraiga segundas nupcias, aunque, teniendo en cuenta la finalidad última que inspira la reserva, instituida no tanto por causa de la injuria que se comete contra el cónyuge premuerto al contraer segundo matrimonio, como por ser salvaguarda de tipo económico para los hijos del primer matrimonio, es posible plantearse, como lo hace Llamas, hasta qué punto el marido puede «alterar una disposición establecida por la ley en beneficio de los mismos hijos»⁸⁴; b) por lo que se refiere a los bienes heredados de los hijos, la obligación de reservarlos cesa igualmente si éstos otorgan licencia a la madre para contraer segundo matrimonio y c) cesa también la obligación de reservar cuando la madre contrae segundas nupcias con licencia del Príncipe o soberano⁸⁵, aunque tal licencia, según Llamas, parece que hace referencia al permiso para casar antes del año de luto y no incurrir así en las penas que la ley fijaba para la viuda que se apresuraba a casar⁸⁶. Como las leyes que fijaban dichas penas fueron posteriormente derogadas (*NR 5.1.3 dNov. R. 10.2.4*) «limitándose la licencia del Príncipe à evitar las penas que se imponían à la que casaba dentro del año de viuda, no parecía consiguiente extender los efectos de esta licencia a libertar a la muger que casaba segunda vez de la obligación de reservar a los hijos del primer matrimonio lo que había heredado de alguno de ellos. La razón no sólo es obvia sino concluyente: lo que hacía antes la licencia del Príncipe, lo hace ahora la ley de la Recopilación citada, que es derogar la disposición de la ley civil y de la Partida; con que si cuando estaban en vigor estas leyes la licencia del Príncipe no se extendía à libertar a la muger de la obligación de reservar á los hijos del primer ma-

⁸⁴ LLAMAS, *Comentario*, p 293, nota 2

⁸⁵ *Comment*, núm 6, p 114; ALVAREZ POSADILLA, *Comentario*, p 125, LLAMAS, *Comentario*, núms 47, 48 y 49, p 293, quien añade el caso de que la mujer enviude antes de los veinticinco años, aunque, reconoce, «la aplicación de esta doctrina ofrece dificultades, pues no puede admitirse de justicia, sino en su caso por equidad» (p 293, nota 1).

⁸⁶ Vid *P. 4 12 3 y P 6 3 5*

trimonio lo que hubiese heredado de alguno de ellos, tampoco se ha de estender ahora la derogación de las leyes civiles y de Partida á liberar á la madre de la obligación de reservar á los hijos del primer matrimonio lo que haya heredado de alguno de ellos»⁸⁷.

V. Este era el arsenal jurídico con que, por lo que se refiere a la reserva, contaba la Codificación: lo poco contenido en los textos hispánicos (*Liber, Fuero Real y Partidas*), la Ley 15 de Toro, reproducida en las Recopilaciones, aclarando y superando a los anteriores y, sobre todo, el desarrollo doctrinal con apoyo en el Derecho Romano Justiniano a partir de la propia Ley 15 de Toro, tanto en los aspectos regulados por la misma como en aquellos otros, muchos, como hemos visto, no planteados por ella. Como señaló García Goyena, «... hay otros muchos casos que no están previstos por nuestras leyes, como lo estaban en su mayor parte por las Romanas; y aunque nuestro Antonio Gómez los resuelve con arreglo a éstas, y sus decisiones sean las corrientes en la escuela y en el foro, con todo, el nuevo Código no puede dejar abandonada a simples opiniones una materia de tanto uso e importancia»⁸⁸. La Codificación, por tanto, no ha hecho sino sistematizar la tradición anterior, bajo los esquemas racionalizadores que informan el movimiento, disponiéndola y exponiéndola de forma articulada y elevando a rango de precepto legal gran parte —otra mínima ya lo era desde los antiguos textos— de lo que hasta el momento no constituían sino opiniones eruditas, basadas en el Derecho Romano Justiniano, que a su vez servía de instrumento integrador de las lagunas existentes en los textos hispánicos, sobre concretos puntos controvertidos relacionados con la institución de la reserva binupcial.

Nos ocuparemos en este apartado fundamentalmente del Proyecto de 1851, aunque aludamos marginalmente y en nota a otros proyectos, no sólo por la estrecha relación de aquél con el Código Civil vigente, sino porque la ingente obra de García Goyena nos sirve de soporte inapreciable para comprender la génesis de los preceptos, sus conexiones y, en último término, las razones de su establecimiento.

⁸⁷ LLAMAS, *Comentario*, núms 49, 50 y 51, pp 293-294

⁸⁸ GARCIA GOYENA, *Concordancias*, ap. núm. 10, p 365.

Partiendo, como hemos dicho antes, de la tradición anterior, la reserva binupcial es objeto de regulación en los artículos 800 a 814 de Proyecto de 1851, presentándose, según el propio García Goyena afirma como una institución cuyo objeto «más que vengar la pretendida injuria hecha á la memoria del difunto esposo, es el favorecer á los hijos del primero, generalmente postergados por el padre o madre bínubos»⁸⁹. Como más adelante añade, han sido «el estremado amor de las mugeres por sus segundos maridos, la autoridad y ascendiente natural de éstos sobre aquéllas, el no menos peligroso e irresistible, aunque más encubierto, de los halagos de la madrastra» los que «han dado por una triste y constante experiencia resultados muy amargos para los desdichados hijos de los primeros matrimonios». Por ello, prosigue, «El legislador ha debido venir en socorro de los desamparados y postergados; y este es el fin de la reserva: sin esto los bienes familiares pasarían siempre á los hermanastros, y aun al padrastro ó madrastra, según la mayor o menor latitud de disponer»⁹⁰.

De todas formas, no parece que se ha olvidado el carácter penal que la reserva tiene respecto a las segundas nupcias, adjetivadas por García Goyena como «poco loables»⁹¹, y si, como ya sabemos, las penas establecidas para las viudas que casaban antes de transcurrido el año de luto fueron derogadas, «nosotros, dice García Goyena, debemos pensar seriamente si convendrá renovarlas ó sustituirlas por otras análogas, limitando el año a los diez meses señalados en la Ley 4, título 25, Partida 4...: el decoro y la moral aconsejan por sí solos alguna restricción; el buen orden y el estado legítimo de las familias parecen reclamarla imperiosamente para impedir *ne semen á sanguis commisceatur*, como decían los romanos, y la consiguiente perturbación del estado y derechos de la verdadera filiación»⁹².

Así concebida la institución de la reserva, son los artículos 800 y 801 del Proyecto los que establecen qué personas vienen obligadas a reservar y sobre qué bienes recae tal obligación. El primero de los preceptos, que García Goyena concuerda con *CJ* 5.9.3

⁸⁹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p 202

⁹⁰ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, ap núm. 10, pp 363-364

⁹¹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, ap núm 10, p 363

⁹² GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, ap núm. 10, pp 362-363

y siguientes, *Liber* (Fuero Juzgo) 4.5.2, P. 5.13.26 y *Novísima Recopilación* 10.4.7, obliga a viudo y viuda que contraen segundo matrimonio a reservar todo lo recibido del cónyuge premuerto por donación, testamento u otro título, incluyendo la legítima, pero excluyendo la mitad de las gananciales ⁹³:

El viudo ó viuda que pasase á segundo matrimonio, estará obligado a reservar á sus hijos ó hijas y descendientes legítimos del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte, por testamento, donación, u otro cualquier título lucrativo, incluso el de su legítima; pero no su mitad de bienes gananciales ⁹⁴.

Por su parte, el artículo 801 sujeta a reserva los bienes «adquiridos» de los hijos del primer matrimonio por alguno de los medios expresados en el artículo 800 y los bienes recibidos de los parientes del cónyuge premuerto:

La disposición del artículo anterior comprende también los bienes que el viudo ó viuda adquirió de uno de los hijos o hijas del primer matrimonio por alguno de los títulos expresados, y los que hubo de los parientes del difunto consorte por considerar a éste,

aunque García Goyena, por lo que se refiere a la primera parte del precepto, siguiendo los Comentarios de Gómez y «la práctica introducida por los comentaristas del Derecho Romano», limita la reserva a los bienes recibidos de los hijos por sucesión intestada, no testamentaria ⁹⁵. También sigue a Gómez en lo que respec-

⁹³ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, pp 202-203.

⁹⁴ Cfr art 351 del Proyecto de 1821, éste sujeta a reserva todo lo adquirido «por disposición testamentaria o sucesión intestada o por cualquier otro título lucrativo», arts 271, 272 y 273 del Proyecto de 1836, el art 977 del Anteproyecto de Libros III y IV viene a reproducir el art 800 del Proyecto de 1851, suprimiendo la mención a la legítima, vid los textos en LASSO GAITE, J F, *Crónica de la Codificación española 4. Codificación Civil (génesis e historia del Código)* Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970.

⁹⁵ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, ap núm. 10, pp 365-366; la cuestión, sin embargo, no estaba clara ni la opinión fue unánime a la hora de discernir si la reserva recaía sobre la sucesión testada o intestada a juzgar por las diferencias existentes entre los arts 352 del Proyecto de 1821 el art 271 in fine del Proyecto de 1836 y el art 978 del Anteproyecto de Libros III y IV

ta al fundamento y conveniencia de la reserva de los bienes recibidos de los parientes del premuerto por consideración a éste ⁹⁶.

Como se recordará, según Gómez, la vida lujuriosa de la viuda no acarrea obligación de reservar, aunque se le imponían otras penas ⁹⁷. García Goyena opinó lo mismo ⁹⁸ y, sin embargo, a efectos de la reserva, se entendió que había segundo matrimonio y, por tanto, obligación de reservar, cuando el viudo o viuda, en estado de viudez, tuviesen un hijo natural, dando lugar así a lo preceptuado en el artículo 814 del Proyecto de 1851:

El viudo ó viuda que, en tal estado, tuviere un hijo natural y le reconociere ó se declare judicialmente ser suyo en los casos que á esto haya lugar, se tendrá por segunda vez casado para los efectos de la reserva ⁹⁹.

Si desde el Derecho romano, y también desde la Ley 15 de Toro y la doctrina científica que le siguió, los bienes sujetos a reserva eran inalienables, la Codificación no ha insistido en tal extremo y ha acabado con la distinción entre las enajenaciones efectuadas antes y las realizadas después de contraer matrimonio, permitiéndolas sin más o condicionando su validez a determinados hechos. Así, el artículo 809 del Proyecto ha declarado válidas las «enajenaciones de los bienes muebles, hechas antes ó después de contraer segundo matrimonio», aunque, como argumenta García Goyena, es por esta razón por la que el artículo 807 obliga, recordando al Código de Justiniano, al viudo o viuda que contraen segundo matrimonio a la tasación de los muebles y al inventario de los bienes sujetos a reserva ¹⁰⁰. Por lo que se refiere a los in-

⁹⁶ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, ap núm 10, p. 365; tal clase de reserva no estaba contemplada en el Proyecto de 1821, sí, en cambio, en el art. 272, 2º del Proyecto de 1836, pero haciendo hincapié en que la entrega de tales bienes, así como su percepción, se hacían por consideración al difunto; tampoco está contemplada en el Anteproyecto de Libros III y IV.

⁹⁷ Vid. supra.

⁹⁸ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p 207 y ap núm 10, p 367

⁹⁹ No existe precepto similar en el Proyecto de 1821 ni en el de 1836, el art. 814 del proyecto de 1851 tuvo, en cambio, su correlato en el 989 del Anteproyecto de Libros III y IV: la obligación de reservar al hijo natural se cuenta desde el día de su nacimiento.

¹⁰⁰ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p 205, quien, por lo demás, estima que «no se falta á los casos y fines de la reserva» por el hecho de que los cónyuges viudos

muebles, las enajenaciones que de los mismos efectúen los viudos, ya antes, ya después de haber contraído segundas nupcias, serán válidas y «subsistirán únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos» del primer matrimonio (art. 808 del Proyecto de 1851). En cualquier caso, el cónyuge viudo, al pasar a segundas nupcias, deberá asegurar con hipoteca, que ofrece mayor seguridad que la «idoneam fideiussionem» exigida por *CJ* 5.9.6 ¹⁰¹ «la restitución de los bienes muebles no enagenados, en el estado que tuvieren», «la devolución del precio que recibió por los bienes muebles enagenados o el valor que tenían al tiempo de la enagenación, si esta se hubiere hecho á título lucrativo», «la devolución del precio de los bienes muebles consumidos antes o después de repetir matrimonio», «la devolución del precio al adquirente de los bienes inmuebles que hubiere enagenado antes de repetir matrimonio» y «la buena administración de los bienes inmuebles no enagenados» (art. 810 del Proyecto de 1851).

Tratemos, finalmente, de las causas de cese de la obligación de reservar. El Proyecto de 1851 en su artículo 804, de acuerdo, según García Goyena, con las Novelas y el Código, preceptúa el cese de la reserva si muertos el padre o madre bínubos no existen hijos ni descendientes legítimos del primer matrimonio, aunque existan sus herederos, ya que respecto de estos últimos «no obran las consideraciones porque fue introducida» la institución ¹⁰². Por lo que se refiere a la autorización de los afectados y destinatarios de la reserva para que el cónyuge o padre contraiga segundas nupcias, en la línea de lo que ya expusiera Llamas ¹⁰³, el Proyecto no concede operatividad al consentimiento dado por el cónyuge o hijos para que el viudo contraiga segundo matrimonio como causa del cese de la obligación de reservar (art. 802), lo que García Goyena justifica, por lo que hace al consentimiento de uno de los cónyuges, porque, en último término, la reserva tiende a favorecer a los hijos, no a vengar la injuria para con el cónyuge pre-

puedan disponer de los bienes sujetos a reserva, *Concordancias*, ap. núm 10, p 366.

¹⁰¹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p 206

¹⁰² GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p. 204

¹⁰³ Vid supra

muerto, y en lo que respecta al consentimiento de los hijos, porque éstos pueden aprobar el segundo matrimonio de sus padres por simples consideraciones de respeto ¹⁰⁴; de ahí, que sólo cuando los hijos mayores de edad renuncian expresamente a la reserva, «y en las cosas que dejaron ó donaron á su padre ó madre, sabiendo que estaban ya segunda vez casados» es cuando cesa la obligación de reservar, tal como dispone el artículo 803 del Proyecto de 1851.

Hasta aquí, el régimen de la reserva contenida en el Proyecto de 1851 ¹⁰⁵. La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, en su artículo 1.º, autoriza al Gobierno «para publicar un Código Civil, con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en la ley». Pues bien, la Base 18 dispone que «Respecto de las reservas..., se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia», autorización que dio lugar a la regulación de la reserva en los artículos 968 a 980 del vigente Código Civil, algunos de ellos afectados por los artículos 4 y 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo de Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. En este instante, el terreno nos es ajeno y dejamos, por ello, la palabra a los civilistas.

VI. Concluamos, justificando el subtítulo de nuestro trabajo y aludiendo de nuevo al planteamiento general. Tal y como la hemos expuesto, la historia de la reserva binupcial en el Derecho español nos parece que pasa por dos fases bien diferenciadas, a lo largo de esa evolución autónoma del Derecho romano a que nos hemos referido al principio: una anterior y otra posterior a la Ley 15 de Toro. En la primera, la reserva se configura de acuerdo con los esquemas de la tradición teodosiana, que es de donde trae su origen la institución. La dependencia, sin embargo, al menos desde los textos legales analizados, es sólo parcial, en el sentido de que ni el último derecho visigodo ni el derecho medieval his-

¹⁰⁴ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, ap núm 10, p 367

¹⁰⁵ Como es lógico pensar, lo establecido para los viudos que casan segunda vez es aplicable a terceros y sucesivos matrimonios (art 813 Proyecto de 1851), vid GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p 207

pánico acogen en su totalidad los perfiles institucionales de la reserva. Recordemos que estos derechos no contemplaron desde el punto de vista de las segundas nupcias la reserva de algunos bienes procedentes de uno de los cónyuges o de los hijos del primer matrimonio ni obligaron a reservar, en pie de igualdad, a los dos cónyuges, marido y mujer, viudos. La segunda fase viene determinada por la aparición de las Leyes de Toro. Antes, se ha producido la Recepción del Derecho Común y la Ley 15 muestra a las claras la influencia justiniana, pero, en contra de lo que el texto taurino intenta hacer ver, la influencia justiniana no se había producido ni sentido en los textos bajomedievales, que seguían dependiendo de la tradición teodosiana en la forma en que el derecho visigodo había conservado y transmitido dicha tradición. La influencia justiniana se había producido en la doctrina, en la jurisprudencia. De aquí, que la importancia de la Ley 15 de Toro para la historia de la reserva binupcial radica en haber sido el instrumento para elevar a rango legal lo que hasta el momento sólo era construcción doctrinal. La consecuencia de este suceso es la apertura de un período en el que, desde el punto de vista de la construcción del derecho privado moderno, la jurisprudencia, los autores, tenían casi exclusivamente la palabra. Sin perder de vista los textos bajomedievales y tomando como base la Ley 15 de Toro, la doctrina fue desarrollando, completando e interpretando el precepto legal y, de esta forma, perfilando la institución, acudiendo a los materiales que suministraba el *ius commune*. Después, cuando el trabajo sobre este conjunto de materiales, legales y, sobre todo, doctrinales, se lleva a cabo de acuerdo con los esquemas de una nueva metodología, surge la Codificación. Las materias primas ya existían: sólo era necesario someterlas a unas nuevas técnicas de elaboración y presentarlas con un acabado más perfecto.

Lérida, mayo de 1987

FRANCISCO LUIS PACHECO CABALLERO

EL DELITO DE BIGAMIA Y LA INQUISICION ESPAÑOLA

INTRODUCCION

El concepto de bigamia, tal como fue acuñado por la literatura jurídica, aparece, desde la baja Edad Media, dotado de una evidente ambigüedad jurídica.

Para la doctrina canónica, que es la que se ocupa de él con mayor amplitud, bigamo es —en el ámbito civil— todo aquel que, lícitamente, contrae segundas nupcias, o quien contrae las primeras con mujer viuda, o con soltera que no sea virgen, o el casado que perdona a su mujer adúltera y vuelve a cohabitar con ella; tales son las acepciones que recogen, por ejemplo, las *Partidas* cuando se ocupan de las causas que desencadenan el impedimento de irregularidad, que inhabilita para recibir el sacramento del orden ¹.

En la esfera del Derecho penal canónico, bigama es la persona consagrada al servicio de Dios que contrae matrimonio ², o el casado que se ordena *in sacris* sin el consentimiento de la mujer ³ o, por fin, aquella que celebra dos o más matrimonios simultáneamente, esto es, en vida del cónyuge anterior ⁴.

En las páginas que siguen voy a ocuparme, lógicamente, sólo

¹ D. COVARRUBIAS, *In Clementinae «si furiosus» Comm. § 2 De bigamis et neophtis*, núms 1-3, en *Opera Omnia* I. Genova 1762, pp 669-670; C. CARENA, *Tractatus de Officio Sanctissimae Inquisitionis et modo procedendi in causis fidei* Lugduni 1649, P. II, t 5, § 1, p. 91; *Partidas* 1.5.5 y 4 1.4.

² D. GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia et polyviria libri tres*. Panhormi 1638, L. 3, q. 10, n. 1-22, pp. 288-291

³ *Ibidem.*, L 3, q. 13, n 1-36, pp. 293-299.

⁴ *Ibidem.*, L 1, q. 3 y 4, pp. 6-8; A. DE SOUSA, *Aphorismi Inquisitorum in quatuor libros distributi. Cum vera historia de origine S. Inquisitionis Lusitanae et quaestione de testibus singularibus in causis Fidei*, Lisboa, 1630, L. I, c 35, n. 1, p. 92v.

de este último supuesto (es decir, de la celebración de un matrimonio por quien está ya casado, constante el matrimonio anterior) que cobraría pronto mucho mayor relieve que los otros como problema jurídica penal.

Lo primero que conviene recordar es que la problemática jurídica del delito de bigamia resultó notablemente simplificada a partir de los decretos sobre el matrimonio que se aprobaron en el Concilio de Trento.

Con anterioridad, y ya desde mediados del siglo IX, el Papa Nicolás I había consagrado el principio *matrimonium facit consensus* o *consensus facit nupcias*, de añeja estirpe romana, que en adelante sería aceptado por la Iglesia ⁵. De este modo se entiende que lo que hace surgir la relación matrimonial es el consentimiento de las partes libremente formulado por los contrayentes, en la línea en que, para Castilla, lo concibieron las *Partidas*: «Consentimiento sólo con voluntad de casar faze matrimonio entre varón y muger...» ⁶, de manera que ninguna otra ceremonia era necesaria para la validez de las nupcias: ni testigos, ni celebración en la iglesia, ni bendiciones sacerdotales. El matrimonio se perfeccionaba, simplemente, por la manifestación del consentimiento emitido con libertad.

Semejante planteamiento iba a dar lugar a la aparición de un espinoso problema de prueba, porque bastaba que un hombre y una mujer se comunicaran formal y recíprocamente su voluntad de contraer matrimonio para que éste naciera perfecto, de tal modo que si, además, era consumado con la unión carnal, se consolidaba ya en su plenitud de efectos, radicalmente inatacable e indisoluble.

Estos matrimonios, denominados *clandestinos* o *a iuras*, por contraposición a los celebrados *in faccie ecclesiae* (en los que los contrayentes se velaban y eran bendecidos públicamente en las iglesias por el párraco) resultaban, pues, jurídicamente válidos y, como tales, vinculaban a las partes en conciencia, aunque en el fuero externo —canónico y civil— sólo obligaban en la medida en que pudieran probarse.

⁵ *Resp* «Ad consulta vestra» ad Bulgaros (13 nov 1866), en H. DEZINGER, *Enchiridion symbolorum* Barcelona-Friburgo, 1965, XXXIII ed., p. 214

⁶ *Partidas*, 4.2.5.

Por lo general, la prueba era cuestión difícil porque, precisamente, este tipo de matrimonio solía ser el expediente al que recurrían quienes, por la razón que fuere, no querían o no podían dar publicidad a su unión; sin testigos y sin documentación escrita del acto, en cualquier momento posterior los cónyuges podían volverse atrás sin mayor inconveniente, quedando en apariencia libres para contraer, cada cual por su lado, un nuevo matrimonio. Este posterior matrimonio daría lugar a una situación de bigamia sólo conocida por las partes que contrajeron en secreto el primero por lo que, si ambas actuaban de acuerdo, resultaba imperseguable y permanecía impune.

Mayores trastornos sociales crearon las separaciones unilaterales por iniciativa de uno de los cónyuges en contra de la voluntad del otro, incapaz de demostrar la existencia de un vínculo del que no existía más prueba que su palabra. Multitud de testimonios literarios ilustraron, en los siglos XVI y XVII, la dimensión dramática del tema del seductor malicioso que se otorga por marido de una doncella para abandonarla después y contraer públicamente un matrimonio de conveniencia⁷.

El Decreto *Tametsi*, aprobado en la sesión 24 del Concilio de Trento, terminó con el problema:

«Verum, cum Sancta Synodus animadvertat —dice— prohibitiones illas propter hominum inoboedientiam iam non prodesse, et gravia peccata perpendat, quae ex eisdem clandestinis coniugiis ortum habent, praeserim vero eorum, qui in statu damnationis permanent, dum priore uxore, cum qua clam contraxerant, relicta, cum alia palam contrahunt, et cum ea in perpetuo adulterio vivunt; cui malo cum ab Ecclesia, quae de occultis non iudicat, succurri non possit, nisi efficacius aliquod remedium adhibeatur...»

quedó establecido que:

«qui aliter quam praesente parochi, vel alio sacerdote de ipsius parochi seu Ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimo-

⁷ Cfr. C. RODRÍGUEZ-ARANGO DÍAZ, *El matrimonio clandestino en la novela cervantina*, en *A H D.E.* 25 (1955), pp. 731-774, E. GACTO, *El divorcio en España. Evolución histórica*, en *Historia* 16, julio 1978, n. 27, pp. 32-34, y *El marco jurídico de la familia castellana. Edad Moderna*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 1984, n. 11, pp. 41-42.

nium contrahere attentabunt: eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit et annullat»⁸.

Desde ahora, aunque la validez jurídica del matrimonio canónico siguió dependiendo del consentimiento, éste ya sólo surtía efecto cuando se hubiera formulado con arreglo a las formalidades establecidas por el Concilio, encaminadas a asegurar una publicidad que excluyera los anteriores abusos.

El control eclesiástico sobre la institución matrimonial quedó completado con las pruebas de soltería, fehacientes a juicio del párroco que bendijera la unión; con la institucionalización de las proclamas hechas ante la comunidad de fieles en días festivos y, por último, con la regulación de los registros parroquiales, donde quedaban consignados los matrimonios con minucioso detalle de cuantos hubieran intervenido en su tramitación y celebración⁹.

De esta manera, a partir de Trento, quedó cerrado el camino más importante de cuantos llevaban a una bigamia impune. En lo sucesivo aparecerá ya como un delito con un elevado riesgo de descubrimiento y represión, y los bigamos, por las especiales circunstancias de su delito, hubieron de recurrir, en sus intentos de ocultarlo para escapar del castigo, a cambiar de domicilio o a falsear su identidad, mecanismos de defensa que no cualquier persona estaba dispuesta a utilizar; ello convirtió a la bigamia en delito propio de gente nómada y desarraigada, de trotamundos¹⁰,

⁸ *Conc. Trident.*, sess. XXIV, *De ref. matrim.*, cap. I

⁹ El párroco debía realizar la información previa que determinara la inexistencia de impedimentos, conforme a una *Decretal* (X.4.3.3) que reproduce un canon del IV Concilio de Letrán. Vid. también la *Const. «Firmandis»* de Benedicto XIV (6 nov. 1744), la obligación de proclamar las amonestaciones y de registrar los matrimonios en un libro parroquial, en *Conc. Trident.*, sess. XXIV, *De ref. matrim.*, cap. I. Vid., además, *Ep. encycl. «Satis vobis»* (17 nov. 1741)

¹⁰ A título de ejemplo, entre los procesos por bigamia tramitados en el Tribunal de la Inquisición de Murcia, que son los que yo he podido examinar, vid. *A.H.N.*, Sección de Inquisición, leg. 3733, núm. 251, proceso de Dña. Violante Palomo, que contrajo el primer matrimonio en Antequera y el segundo en Cartagena, leg. 3734, núm. 83, de Catalina, a) Francisca Meléndez, casada en Moratalla y, por segunda vez, en Beas; leg. 3734, núm. 99, de Josefa Eugenia Alomínos, que abandonó a su primer marido en Aldea del río (Córdoba) y se amancebó con otro hombre en Calasparra; perseguidos ambos por aquél, marcharon a Chiclana, donde se casaron; leg. 3720, núm. 15, de Andrés Oliva, vendedor ambulante y tempo-

gitanos ¹¹, braceros ¹², marineros ¹³, presidiarios ¹⁴ o, en una escala social superior, de funcionarios que desempeñaban destinos en la administración pública, militares ¹⁵, arrendadores de rentas ¹⁶, etc. La nobleza y la burguesía sedentaria, entre cuyos miembros abundara antes del decreto *Tametsi*, quedó después, en su inmensa mayoría, al margen de ella.

EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIÓN

Para la doctrina jurídica bajomedieval la bigamia se configuró como un delito de fuero mixto, susceptible de ser conocido, indistintamente, por la jurisdicción secular o por la canónica en función de la prioridad cronológica: el tribunal que hubiera co-

rero del campo; leg. 3720, núm. 221, de Francisco Manzanares, a) «Ancha vida» y «El Traperero», arriero, tratante de ganados y ladrón; leg. 3731, núm. 115, de José Diéguez, quinquillero. Vagabundos eran también, en mayor o menor medida Alvaro Valverde (leg. 3734, núm. 88), Javier Sirvent (leg. 3735, núm. 276) y Ramón Gil (leg. 3735, núm. 314).

¹¹ Vid. A.H.N., Sección Inquisición, leg. 3733, núm. 133, proceso contra el gitano Domingo Quirós, a) Antonio Flores, b) Domingo Bermúdez, c) «El Botijón».

¹² Vid. A.H.N., Sección Inquisición, leg. 3731, núm. 102, proceso contra Francisco Ubeda, a) Lorenzo Marchante, y leg. 3734, núm. 95, proceso contra Fernando López del Castillo, b) Vicente Fernández, que antes de trabajar en el campo había sido soldado de marina y hermano lego en un convento.

¹³ Vid. A.H.N., Sección Inquisición, leg. 3722, n. 282, proceso contra Don Juan José Brizeño, Cirujano de la Real Armada, y núm. 288, proceso contra Pascual Vázquez, leg. 3731, núm. 99, proceso contra Juan Puigsegut, leg. 3734, núm. 87, proceso contra Gabriel Antonio Carrasco, o leg. 3735, núm. 312, proceso contra Gonzalo Talón, maestro de velas.

¹⁴ Vid. A.H.N., Sección Inquisición, leg. 3721, núm. 20, proceso contra José Dato; leg. 3731, núm. 117, contra Andrés Muñoz; leg. 3735, núm. 263, contra Fernando González, y núm. 309, contra José Sánchez.

¹⁵ Vid. A.H.N., Sección Inquisición, leg. 3733, núm. 121, proceso contra Antonio Gallego y leg. 3735, núm. 326, contra Calixto Antonio de Figueroa, ambos Sargentos de la Real Marina; leg. 3733, núm. 151, contra Francisco Mendoza, núm. 165, contra Juan Jardín; núm. 176, contra Gil de Casanoba, a) Juan de Porta; núm. 194, contra Juan Romero; núm. 234, contra Tomás Martín, b) Guzmán; leg. 3735, núm. 163, contra José Meléndez, todos ellos soldados.

¹⁶ Vid. A.H.N., Sección Inquisición, leg. 3734, núm. 93, proceso contra D. José de Villanueva, Visitador Juez Subdelegado de Rentas y Fiel del Muelle de Cartagena.

menzado a conocer del delito seguiría el procedimiento hasta el final ¹⁷.

En la Edad Moderna, sin embargo, este delito va a caer dentro de la órbita de una jurisdicción canónica especial, la del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, dotado de enorme *vis atractiva* sobre toda cuestión que tuviera algo que ver con la herejía. Toda vez que la conducta del bigamo podía interpretarse como indiciaria de que éste albergaba creencias erróneas acerca del sacramento del matrimonio, la Inquisición reivindicaría una competencia exclusiva que en España se le reconoció, no sin problemas, en los siglos XVI y XVII. Así, durante siglos, los bigamos resultarán procesados y, eventualmente, condenados, no por los perjuicios jurídicos o económicos que su conducta provocara en el ámbito familiar y social, sino por incurrir en sospecha de fe ¹⁸.

Queda apuntado que la cuestión se resolvió no sin problemas porque, en efecto, hubo juristas que se esforzaron por encontrar criterios objetivos que delimitaran el ámbito de la competencia inquisitorial del correspondiente a la jurisdicción ordinaria. Así, sobre un juego de presunciones que elaboró la canonística, algunos autores españoles (como Villadiego, Simancas o Gregorio López) defendieron que el Santo Oficio debería ocuparse sólo de aquellos casos de bigamia en los que el matrimonio ulterior se hubiera contraído públicamente; ello sería indicio de que el bigamo podía mantener una creencia errónea del sacramento, pensar que era lícito contraerlo simultáneamente y, por lo mismo, no ocultaba la celebración del segundo. Por el contrario, cuando el delincuente cambia de nombre, falsea la documentación previa, etcétera, parece claro a estos autores que hay conciencia en el bigamo de estar delinquiendo y deben conocer los Tribunales ordinarios, porque no hay error en la creencia ¹⁹. En cualquier caso,

¹⁷ J DE ROJAS, *Tractatus de haereticis*, Venecia, 1583 P I, núms 540-549, pp. 54 y ss, C CARENA, *Tractatus* . . P. II, t 5, § 3, núms. 18-23, pp 95-96 «An polygamia sit delictum mixti fori»

¹⁸ C CARENA, *Tractatus* . . P II, t 5, § 2, núm 13, p 95, N EYMERICH, *Directorium inquisitorum cum commentariis Francisci Pegnae*, Roma, 1587, P III, Comm. 24 in fine, vers Denique, p 440, J ALBERGHINI, *Manuale qualificatorum Sanctae Inquisitionis in quo omnia quae ad illud Tribunal ac heresum censuram pertinet, brevi methodo adducuntur*, Colonia, 1740, cap 27, núm 3, p 153

¹⁹ G VILLADIEGO, *Tractatus contra haereticam pravitatem*, q 6, núm. 5, p 35v, en *Tractatus Universis Iuris*, Venetis, 1584, XI, P. II, GREGORIO LÓPEZ, *Glosa «Mandamus» a Partidas 7 17 16*, J. SIMANCAS, *De Catholicis Institutionibus Liber, ad prae-*

en la práctica se hizo caso omiso de estas distinciones, y la jurisdicción inquisitorial intentó abocar para sí de forma excluyente el conocimiento del delito de bigamia²⁰.

Las Cortes castellanas y aragonesas reaccionaron de varias maneras para intentar que la jurisdicción ordinaria no quedara del todo desplazada. Así, en las Cortes de Monzón de 1512, los catalanes solicitaron que los inquisidores no se entrometieran sino en aquellos supuestos en los que hubiera constancia de que el bigamo sentía mal del sacramento del matrimonio; en los restantes casos, la jurisdicción competente debía ser la episcopal²¹. La petición, contenida en una larga serie de capítulos que pretendían limitar el campo de acción del Santo Oficio fue atendida por el Inquisidor General de Aragón, el Obispo de Lérida, y encontró reflejo en las *Instrucciones* promulgadas dos años después:

«Item ordenamos que si algún hombre se casare con dos mujeres viviendo la primera o una mujer con dos maridos, viviendo el primero, los Inquisidores no conozcan desta causa, sino en caso que los tales sintiesen o se presumiese mal sentir del sacramento del matrimonio, pues entonces la jurisdicción es de los Inquisidores»²².

cavendas et extirpandas haereses admodum necessarius, tertio nunc editus, Roma, 1573, Tít 40, núm. 4, pp 295-296; *Repertorium Inquisitorum pravitatis haereticae, in quo omnia, quae ad haeresum cognitionem, ac S. Inquisitionis forum pertinent, continetur*, Venecia, 1598, v. «contrahens», p 197

²⁰ C. CARENA, *Tractatus* ., P II, t. 5, § 2, núm. 16, p. 95 «verum sive secundum matrimonium contractum sit palam, sive clam, semper polygamus est de haeresi suspectus» *Ibidem.*, núm. 17 «Ratioque huiusce rei ea est, quia polygamus ducendo duas uxores, sive id faciat palam, sive clam, semper facit opus, per quod diffidet a communi vita fidelium, ab Ecclesiae probatis ritibus et a receptis Patrum doctrinis et semper abutitur sacramento matrimonii, ex quo abusu oritur haeresis suspicio»; SIMANCAS, *De Catholicis Institutionibus.* , Tít. 40, núms. 8-10, p. 296, para el supuesto del clérigo que contrae matrimonio, entiende que la forma de celebración, pública o privada, no tiene incidencia sobre la jurisdicción, que debe ser en ambos casos la inquisitorial.

²¹ *Pragmaticas y altres Drets de Catalunya*. Barcelona, 1704 Vol segon L. I, t. 8, cap 1, n 4, p 19, «Item si seran trobats alguns Homens contractar ab dues Mullers, o per contrari, una dona ab dos Marits, lo dit Reverendissim Senyor Bisbe proveex, y declara, que los Inquisidors no se entrametan, sino que mal sentissen del Sagrament del Matrimoni, los altres casos al Ordinari remesos. Plau a sa Senyoria sino que sentissen mal o fosses sospitosos de la Fe»

²² *Instrucciones del Inquisidor General de Aragón Don Luis Mercader*, de 1514, VIII, en M JIMÉNEZ MONTESERÍN, *Introducción a la Inquisición española*, Madrid, 1981, p 186

Aunque confirmado en 1516 por una Bula de León X²³ y, de nuevo, por el Inquisidor General de Aragón en 1520²⁴, el compromiso no fue mantenido, porque en 1599 los catalanes vuelven a suplicar a Felipe II en un Capítol de Cort el cumplimiento de los referidos acuerdos, pero ahora el rey responde que accede a todo lo solicitado, excepción hecha de tres capítulos —uno de ellos el relativo al delito de bigamia— «per esser materia lo contengut en aquells tocant a la Fe»²⁵. A partir de este momento la bigamia quedará en Cataluña como delito de exclusivo conocimiento inquisitorial.

Por lo que respecta a Castilla, las Cortes reivindicaron la jurisdicción sobre la bigamia por la vía de los hechos consumados, legislando sobre ella en distintas ocasiones, estableciendo penas cada vez más graves y atribuyendo la frecuente comisión del delito al hecho de no castigarse con una sanción condigna²⁶.

²³ *Pragmáticas y altres Drets de Cathalunya*. , Vol segon, L I, t 8, cap 2, pp 23 y ss *Bulla de Papa Leo deze en confirmatio dels precedents Capitols, dada en Sanct Pere de Roma a las Chalendas de Agost 1516 y de son Pontificat, any quart*

²⁴ *Ibidem* , cap. 3, p. 28: *Confirmatio feta per lo Cardenal Adria Bisbe de Tortosa, e Inquisidor general, dels precedents Capitols de las Corts de Montso ya confirmats per nostre Sanct Pare Papa Leo deze*. Any 1520

²⁵ *Constitutions y altres Drets de Cathalunya*. Barcelona, 1704 Vol primer, L. I, t. 7, cap 4, p. 25

²⁶ *Cortes de Segovia de 1532*. Petición 79 «Item, suplicamos a vuestra magestad, que porque la pena de la ley del Ordenamiento real contra los que se casan dos vezes es liviana, atenta la innormidad del delicto, y muchos malos hombres se atreven a casar dos vezes en ofensa de Dios nuestro señor, y de su sacramento, y en perjuicio de las mujeres virgines y biudas de sus deudos, que vuestra magestad mande poner la pena de muerte contra los que cometieren el dicho delicto A esto vos respondemos que mandamos que se guarden las leyes de nuestros reynos que sobre esto hablan, y aquellas se executen»; *Cortes de Valladolid de 1548* Petición 105: «Otrosi suplicamos a V M mande proveer cerca de lo contenido en la petición setenta y nueve de las Cortes de Segovia para que se acreciente la pena a los que se casan dos vezes, por que así conviene según la frecuencia del delito A esto vos respondemos que por ser como es delito y grave y frecuente como decís, mandamos que las nuestras Justicias tengan especial cuydado de la punicion y castigo de los que parescieren culpados, y les impongan y executen ellos las penas establecidas por derecho y leyes de estos reynos. E otrosí, declaremos que la pena de destierro de cinco anos a alguna Isla de que habla la Ley de la partida, sea y se entienda para las nuestras Galeras, y que por esto no se entienda disminuirse las mas penas que segun derecho y leyes de estos nuestros reynos se les deviera dar, atenta la calidad del delicto»

Pero en este reino los testimonios jurídicos producen la impresión de que —al menos hasta bastante avanzado el siglo XVII— la cuestión se mantuvo confusa en orden a la implantación de un monopolio inquisitorial. Hacia la mitad del siglo XVI, por ejemplo, Covarrubias escribió que la práctica había impuesto en Castilla la pena de la marca, característica del ordenamiento secular, como veremos ²⁷. En cambio, pocos años después, Simancas sostenía que, con frecuencia (así pues, no siempre), de este delito solían conocer los Inquisidores de la herética pravedad, por ser inherente a su Tribunal juzgar sobre el abuso del sacramento y sobre la sospecha de herejía derivada de él ²⁸. Por la misma época, Antonio Gómez ratifica el testimonio de Covarrubias, al afirmar que en su tiempo la sanción correspondiente a la bigamia es la de la marca, impuesta por la justicia civil ²⁹.

Alguna referencia literaria parece, en efecto, confirmar la opinión de Covarrubias y Gómez, como el chascarrillo que se recoge en los *Cuentos de Garibay*, del siglo XVI:

«Llevaban a un hombre a herralle en la frente por casado tres veces». Dijo un caballero: «Y aún por la primera lo merecía» ³⁰.

Ciertamente, hacia el tercio final del siglo, la competencia del Santo Oficio resultó teóricamente ampliada, no sólo en materia de bigamia, sino en general, porque hasta entonces había venido entendiendo de las conductas que supieran manifiestamente a herejía, pero el Pontífice Sixto V suprimió el adverbio, de forma que, en adelante, los Inquisidores quedaron ya legitimados para entender de cualquier comportamiento que indujera a sospecha de herejía, aunque dicha sospecha fuera indirecta o no manifiesta ³¹.

Por aquel tiempo, Rojas escribía que, en contra del parecer de los profesores de Derecho de las universidades castellanas, el conocimiento de los delitos de bigamia debía corresponder sólo y

²⁷ D COVARRUBIAS, *De matrimonius*, cap 7, § 3, núm. 11, en *Opera Omnia* I Genova 1762, pp. 243-244 La obra apareció en 1545

²⁸ SIMANCAS, *De Catholicis Institutionibus*, Tít. 40, núms 2-3, p. 295

²⁹ A GÓMEZ, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum* Lugduni, 1761. Com ley 80, p 481, núm 27 «Hodie tamen iste talis punitur corporaliter isto modo, nam debet sibi publice imponi signum in fronte...» La primera edición es de 1555

³⁰ *Cuentos de Garibay* (s. XVI), en *Sales españolas o agudezas del ingenio nacional*, recogidas por A Paz y Meliá Madrid 1964, 2 ed. de R Paz, p. 213.

³¹ Cfr. GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia.*, L. 3, q. 2, núm 1, p 215

exclusivamente a la Santa Inquisición, pero tal vez se trate de una opinión o de un deseo, más que de la constatación de una realidad³².

Porque un autor tan fidedigno como Castillo de Bovadilla, en los años finales del mismo siglo XVI, nos presenta a la bigamia como el típico ejemplo de causa de fuero mixto, si bien reconoce que lo usual es que juzguen de ella los Inquisidores, sobre todo —afirma— cuando los acusados son moriscos³³.

Cumplido ya el primer tercio del siglo XVII, Carena consideraría aún necesario refutar las opiniones de los autores que defendían la competencia de los jueces seculares³⁴ y, algo más tarde, García de Trasmiera publica su tratado «De polygamia et polyviria», donde se lamenta de que en algunas regiones españolas, singularmente en Castilla, se practique el uso —más bien, escribe, el abuso— de que los jueces seculares se interfieran en el conocimiento y castigo de este delito; porque, aunque la bigamia sea, conforme al Derecho común, asunto de fuero mixto, los jueces civiles debieran abstenerse de intervenir ya que, por mucho que multipliquen las penas jamás podrán, como los Inquisidores, prestar remedio a la salvación de las almas de los reos³⁵.

A mediados del siglo, por fin, parece que la tesis favorable a la jurisdicción inquisitorial termina por imponerse, y así Hevia Bolaños acepta ya sin controversia que, pese a ser la bigamia asunto de fuero mixto, de él conocen sólo los Inquisidores³⁶.

³² J. DE ROJAS, *Tractatus* ..., P I, núms 541-549, pp 54 y ss. La primera edición de la obra es de 1581.

³³ J. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores y Señores de vasallos* , Madrid, 1775, L II, cap 17, núm 152, p 633: «Caso CV es contra los que se casan dos veces, a los quales castigan los Ordinarios Eclesiásticos, y más comúnmente los Inquisidores, en especial contra los Moriscos, por la presunción que hay de heregía del abuso del matrimonio: y cesando el sugeto y materia de heregía, y entendido que procede de concupiscencia, como causa *mixti fori*, también proceden a castigo de este delito los Jueces seculares, según una Ley real» La primera edición, Madrid, 1597.

³⁴ C CARENA, *Tractatus* ., P II, t. 5, § 8, núm 47, p. 99 La primera edición es de 1631.

³⁵ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia* , L 3, q. 1, núms 1-2, p. 210, núm. 9, p. 211 y q 8, núm. 14, p. 263.

³⁶ J. DE HEVIA BOLAÑOS, *Curia Filipica donde se trata de los juizios forenses, eclesiásticos y seculares...*, Madrid, 1657, P. III, § 2, núm. 17, p. 126 «Contra los casados dos veces en un tiempo se conoce en el Santo Oficio de la Inquisicion, por la presuncion que ay de heregia...»

La polémica volverá a replantearse en el último tercio del siglo XVIII y vino a ponerle punto final teórico, que no real, una Cédula de 5 de febrero de 1770, provocada por la reclamación que efectuó el Santo Oficio para que se le entregara la persona de un soldado a quien se le seguía causa por doble casamiento ante el Auditor de Guerra de Madrid ³⁷. En dicha norma Carlos III ordena al Inquisidor General que advierta a los Inquisidores de distrito para que no embaracen a las justicias reales en el conocimiento de delitos en los que les corresponde a estas jurisdicción privativa, y que se limiten a entender a las causas de apostasía y de herejía, «sin infamar con prisiones a mis vasallos no estando primero manifiestamente probados» ³⁸.

Pero la Inquisición no se conformó con este recorte de competencias, y obtuvo del monarca la convocatoria de una Junta integrada por el Gobernador del Consejo, el Inquisidor General y el confesor del rey, arzobispo de Teba; en 6 de diciembre de 1777 la Junta emitió dictamen en el sentido de que compete a la justicia real el conocimiento sobre el delito de bigamia por lo que toca a las responsabilidades civiles y penales del reo (falta a la fe pública del contrato, engaño de la segunda mujer, ofensa a la primera, inversión del orden sucesorio, quiebra de la legitimidad de la filiación, etc., etc.); pero, esto no obstante, otros aspectos debían ser sometidos a la jurisdicción eclesiástica (comportamiento doloso ante el párroco, validez o nulidad de la unión) y aún a la inquisitorial, que debería ocuparse privativamente de decidir la cuestión de si el bigamo incurre o no en el delito de mala creencia sobre el sacramento ³⁹.

Todo ello —expone el dictamen— ha de hacerse de manera tal que las tres jurisdicciones se ayuden recíprocamente, sin embarazarse, celando todas la repetición del delito, imponiendo cada una de las penas que correspondan y entregándose unas a otras las personas de los reos para el buen despacho de las causas ⁴⁰.

Conformado el rey con el dictamen, se remitieron copias de él a las Audiencias, Chancillerías, Sala de Alcaldes e Inquisidores de distrito; pero es evidente que se trató más de una declaración de buenos propósitos que de una solución definitiva y eficaz ⁴¹.

³⁷ *Novísima Recopilación*, 12.28.10.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Cfr. *Los Códigos españoles concordados y anotados*, T. X, nota 1 a *Novísima Recopilación*, 12.28.10, p. 96.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

Por lo que respecta al Tribunal de la Inquisición de Murcia, sobre el que he podido estudiar alguna documentación, parece, efectivamente, que los anteriores acuerdos no bastaron para resolver los conflictos de competencia. Algún ejemplo hay de la resistencia del Santo Oficio a ceder el conocimiento de las causas de bigamia, como el siguiente:

En 1803 el Auditor General de Marina de Cartagena seguía proceso por bigamia a un tal Muñoz, presidiario de los Arsenales; enterado el Comisario del Santo Oficio de la ciudad, lo notifica a los Inquisidores de Murcia quienes ordenan al Alguacil Mayor que oficie, instando la entrega del reo, al Capitán General; pero éste contesta que tal entrega no procede porque, conforme a la Cédula de 5 de febrero de 1770, el delito de doble matrimonio cometido por persona sujeta al fuero militar es de conocimiento privativo de la Real Jurisdicción. No obstante esto —añade— siempre que se le haga ver que el delito por el que se reclama al presidiario fuera otro, no tendría el menor reparo en entregarle.

Los Inquisidores dan cuenta del caso a la Suprema, y del Consejo se remite a Murcia un modelo de oficio, para que aquéllos lo firmen y lo eleven al Capitán General, del tenor siguiente:

«Estándose siguiendo causa de fe en este Sto. Oficio contra Andrés Muñoz, presidiario en ese Arsenal de Cartagena, se pasó a V. Ex^a por el Com^o. en dicha Ciudad Don Juan de Dios Neri, un oficio con fecha de 21 de septiembre de 1803, para que V. Ex^a. tubiese recluso à disposición de este tral. al referido Andrés Muñoz; a que contextó V. Ex^a. en oficio de 22 del mismo, haber dado las órdenes correspondientes à el efecto, y que quedaba a disposición del Santo Oficio.

En su consecuencia, y necesitándose en este Tral. la persona del mencionado Muñoz, libramos el mandamiento oportuno de prisión, comisionando pa. ello a nro. Alguacil Mayor Don Joaquín Fontes, quien habiendo pasado a V. Ex^a. el correspondiente Oficio para su entrega, no ha podido evacuar su comisión en los términos acordados, según resulta del Oficio de V. Ex^a. de 25 de mayo de este año, en que dice que al referido Muñoz se le está siguiendo causa en la Cap^a. Gral. del mando de V. Ex^a. por delito de doble matrimonio, cuyo conocimiento es privativo de la Real Jurisdicción de Marina, según la Rl. Cédula de 5 de febrero de 1770; y que siempre que por el tral. se le hiciese ver que su delito es otro, no tendrá reparo V. Ex^a. en entregarle.

Este Sto. Oficio necesita la persona del referido Andrés Muñoz pa. negocio de fé, que ni directa ni indirectamente, puede revelar; en su despacho procederá con la mayor brevedad; y concluido que

sea, devolverá al Muñoz a la Jurisdicción de V. Ex^o. para que le siga la causa o causas que contra él haya pendientes en el Juzgado de V. Ex^o. Y siendo ésta la práctica inconcusa de todos los Trales. del Reyno en iguales casos, y aprobada por S. M., esperamos, etc.»⁴².

Así pues, el Santo Oficio echa mano al recurso del secreto, y a la prioridad que se le reconoce frente a las restantes jurisdicciones para conseguir la entrega del bigamo, burlando el espíritu de las disposiciones de 1770 y 1777; de este modo los Inquisidores consiguen su propósito de abocar para sí la causa en exclusiva, porque la condición de asunto de fuero mixto impediría el que otros tribunales pudieran volver a ocuparse de ella.

En cambio, algún otro testimonio produce la impresión de que los Inquisidores hubieron de transigir ante la firmeza con que la jurisdicción militar reclamaba la competencia para juzgar a los soldados bigamos, aunque siempre manifestaron reticencias no ya sólo por una cuestión de principios, sino incluso alegando el interés de los propios reos; porque, afirman, los ministros reales prolongan extraordinariamente la tramitación de los procesos de bigamia, y ello se traduce en un aumento innecesario de las penalidades de los inculcados, a quienes los jueces de la Fe tratan con más benevolencia y humanidad⁴³.

⁴² A.H.N. Sección Inquisición, leg. 3731, núm. 117, fols. 12-13

⁴³ *Ibidem.*, leg. 3721, núm. 20, fols. 4-5 «Diligencia practicada por el Tribunal de Sevilla sobre la justificación de la dilación en el conocimiento de las causas de los polígamos entregados al brazo secular, y de la detención de éstos en las Reales Cárzeles en virtud del encargo del Consejo. El Tribunal de Inquisición de Sevilla en carta de 29 de noviembre de 74 remitiendo votada en definitiva la causa de poligamia seguida contra Francisco Suárez, natural de Galicia, informó a V. A. que sería muy arreglado a equidad no entregarlo a la jurisdicción Real, en atención a que había sido muy buen confitente y que había contraído casi sin malicia, porque siendo muy larga la detención que los tales polígamos padecen entregados a la Justicia Real, por la dificultad que ésta tiene en hazer la justificación de los dos matrimonios, sufren regularmente mayores penas que merecen sus delitos y, dicho reo era digno de toda comiseración, y de que se le comutase la entrega a la Justicia Real en diez años de destierro de la Provincia

No consta que se tomase por entonces providencia alguna en contrario, si solo que se mandó que el Tribunal hiziere informacion de la detencion que los reos padecian en las cárzeles reales, y se contentaban los Juezes con el testimonio que se les embiaba. En 1.º de julio de este año se presentó en aquel Tribunal un memorial de Josef Dato, natural de Murcia, preso remitido por el Santo Oficio a disposición del Governador de Cádiz, diciendo que había ocho meses se hallaba de

LA NORMATIVA PENAL

Sometida la bigamia durante toda la Edad Moderna a la disputa jurisdiccional que hemos visto, los tratadistas, a la hora de abordar el estudio de las penas con que se sancionaba, hubieron de prestar atención a cada uno de los ordenamientos jurídicos que reivindicaban su represión.

Así, en el ámbito del Derecho secular, el parecer de los juristas estudiosos del derecho común se manifestó bastante dividida a la hora de concretar la pena correspondiente al bigamo: la de muerte, según algunos y la del adulterio, según otros (reclusión en monasterio para la mujer casada y muerte para su cómplice),

aquel modo, y aunque ha dirigido tres memoriales con el fin de que se le siga su causa y tenga término tanto padecer, no ha podido conseguir más que el que le tomasen una declarazion, y no teniendo otro recurso, suplica al Tribunal intercada para su pronto despacho. El Tribunal en 27 de agosto libró comision a uno de sus Ministros para que hiciese con toda cautela y secreto una justifikation de la dilatada prision y trabajos que padecian los reos, y acompañado de otro secretario practicó varias diligencias () testigos imparciales, pero recelando valerse de los ministros reales que intervenian en la diligencias y eran los únicos que podian saberlo, le fue preciso valerse con toda precaucion de personas fidedignas que le han dado algunas noticias sobre el asunto, con las que informa al Tribunal en su representacion de 25 de septiembre

Que desde la novedad que causo en el Santo Oficio la Real Cédula sobre el conocimiento de causas de poligamia se han pasado de aquel tribunal a la Justicia Real seis reos y a todos, exceptuando Francisco Suárez, se les ha seguido nueva causa esta definitiba.

Que no ha podido averiguar qué tiempo permanecieron en la cárcel antes ni después de la sentencia, ni los embarazos que allan para esto los Jueces Reales, porque para ello era menester averiguar prolixamente, los mismos autos, pero que no pueden finalizarse con la brevedad que en el Santo Oficio, por la falta de ministros, y multitud de otros negocios que prefieren en lo Real como más principales

Que es notorio que los reos entran en la cárcel sin tener con que mantenerse, y además de que por el sitio sufren muchas penalidades, las sufren mayores por la escasez y calidad de alimentos

Y finalmente que no se contentan los Jueces Reales con el testimonio que se les da, si no que les forman causa desde el principio asta el estado de sentencia, por orden del Real Consejo de Castilla, que ordenó al Señor Theniente de Sevilla don Francisco Ruiz de Albornoz que el conocimiento de la causa de semejantes reos fuese en íntegro, excepto en el último que hubo que fue Francisco Suárez, que estando pendiente de causa, antes de tiempo lo aplicaron a presidio por ocho años sin haber podido averiguar el motibo

Y el Tribunal remitiendo a V A este informe, representando la imposibilidad de practicar otras diligencias ni aclarar más el asunto dice lo siguiente»

aunque se impuso el criterio de que lo procedente era imponer una pena extraordinaria que el juez tasaría a su arbitrio a la vista de las circunstancias del hecho y la calidad de las personas ⁴⁴.

En el Derecho castellano la regulación de las consecuencias penales del delito aparece bastante bien perfilada, aunque resulte difícil discernir su grado de aplicación en la práctica, por lo visto a propósito de la polémica sobre la jurisdicción.

En el *Fuero Real*, por ejemplo, los bigamos eran puestos bajo el poder del cónyuge inocente, y abandonados a su merced, al modo con que estaba sancionado el adulterio ⁴⁵. Las *Partidas*, a su vez, recogieron la tradición romana con ligeras modificaciones: confiscación de bienes y destierro por tiempo de cinco años ⁴⁶. En cuanto al Derecho regio, aplicó a este delito un tratamiento característico: la pena de la marca para los varones y la entrega de la mujer en poder del primer marido ⁴⁷; la pena de la marca consistía en grabar con un hierro al rojo, sobre la frente del reo convicto, una señal en forma de letra «q», sobre cuyo significado los autores modernos debatieron ampliamente sin llegar a otro acuerdo que el de coincidir en que el texto de la ley, que procede de las Cortes de Briviesca de 1387, quedó corrompido al recopilarse; pero a la hora de restituir la versión original surge una completa disidencia de opiniones.

Para unos, Montalvo cambió por un círculo con una barra hacia abajo, es decir, por una «q», lo que originariamente había sido un círculo con una barra hacia arriba, esto es, una «b», inicial de bigamo; otros pensaron que debía ser un «10», o sea, una barra y un círculo a la misma altura, al lado, como signo de que sintieron mal de la fe o, lo que es lo mismo, de los mandamientos. Covarrubias, por su parte, afirma haber visto en vetustas disposiciones castellanas que la marca era una cruz, testimonio de que los marcados pecaron contra ella. Algunos sostienen, por fin, que se trataba de un dos en números romanos, dos barras paralelas, cifra indicativa de que se casaron dos veces ⁴⁸.

Como quiera que sea, Gómez afirma en su comentario a las *Le-*

⁴⁴ Cfr. P. FARINACCIO, *Praxis et Theoricae criminalis* Pars quarta. Lugduni, 1613. «De delictis carnis», q. 140, núms 3 y ss. págs 456-457. Vid también D. COVARRUBIAS, *De matrimonius*, cap. 7, § 3, núm 10, en *Opera Omnia I*, cit., p 243

⁴⁵ *Fuero Real*, 3.1.11

⁴⁶ *Partidas*, 4 17 16.

⁴⁷ *Ordenanzas Reales de Castilla*, 5 1 3 y 8.15 6

⁴⁸ D. COVARRUBIAS, *De matrimonius*, cap 7, § 3, núm. 11, en *Opera Omnia I* Genova, 1762, pp. 243-244, J. DE ROJAS, *Tractatus* ., cit , P. I, núm 544, pp. 54 y ss

yes de Toro que lo que se practica en su tiempo es la ley de Montalvo, de manera que a los bígamos se les marca con la «q» herrada en la frente, en lo que viene a coincidir con el testimonio literario de Garibay antes mencionado ⁴⁹.

El Derecho de las Recopilaciones, además, consideró al bígamo como aleve y, en consecuencia, le impuso como pena complementaria de las corporales la de perdimiento de la mitad de sus bienes ⁵⁰.

Carlos I mantuvo las anteriores penas, con la precisión de que los cinco años de destierro de que hablaban las *Partidas* debían cumplirse al remo en las galeras ⁵¹, y Felipe II, que suprimió la pena de la marca, añadió a las anteriores la de vergüenza pública y dobló los años de la condena al remo ⁵².

Así estaba el panorama normativo del Derecho secular castellano en la Edad Moderna; García de Trasmiera recuerda la práctica, en su época ya desaparecida, de algunas otras sanciones, probablemente enmarcadas en el ámbito del Derecho municipal: «Desnudo el reo —escribe—, se le unta el cuerpo con miel y se recubre con plumas de aves; de este modo, atormentado por las moscas, se le exhibe en la picota, en público deshonor. A esto se llamaba *emplumar*, y se hacía también con las prostitutas» ⁵³.

En el ámbito de la legislación canónica, la mayor parte de las penas establecidas fueron de tipo humillante y espiritual: cortar los vestidos por delante y por detrás, para mayor indecorosidad, o rapar la cabellera de las mujeres y exhibirlas de esta guisa por las calles de la ciudad; infamia, irregularidad, ayuno a pan y agua durante cuarenta días e imposición de penitencias diversas por tiempo de siete años. Pero todas estas penas cayeron en desuso a partir del momento en que la jurisdicción eclesiástica cedió al Santo Oficio la competencia sobre el delito de bigamia ⁵⁴.

Dentro del Derecho inquisitorial, por último, la bigamia se configura como el típico delito merecedor de pena arbitraria; serán las circunstancias concurrentes en cada caso las que determinen el alcance de la sanción, dentro de un abanico muy pecu-

⁴⁹ A GÓMEZ, *Ad leges Tauri commentarium* . . , Com ley 80, núm 27, pp 480-481

⁵⁰ *Ordenanzas Reales de Castilla*, 8.7 4

⁵¹ *Novísima Recopilación*, 12 28 8

⁵² *Ibidem.*, 12 28.9.

⁵³ D. GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia* . . , L 3, q 8, núm 12, p. 262

⁵⁴ J DE ROJAS, *Tractatus* . . , P. I, núm 545, p. 55, D. GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia* . . , L 3, q. 8, núms 14 a 21, p 263

liar que presenta influencias de los ordenamientos jurídicos anteriormente examinados ⁵⁵.

Del Derecho común se tomó la pena de confiscación de la mitad de los bienes del bigamo sin hijos, que había recibido ya carta de naturaleza en el ordenamiento regio castellano, desde el momento en que aquél fue considerado aleve ⁵⁶, aunque la frecuente indigencia de los reos, que suelen ser gente menesterosa, determino que pocas veces aparezcan en las sentencias sanciones económicas.

Del ordenamiento castellano se adopta la pena de galeras ⁵⁷, con la referencia ordinaria a los cinco años que, en caso de multirreincidencia o de presencia de otras circunstancias agravantes, puede llegar al límite de los diez establecido por Felipe II y que se reducen a cuatro o a tres siempre que los jueces encuentren en el reo algún motivo de excusa o justificación, como haberse mostrado pronto y humilde en la confesión del delito, ser menor de edad, dar más muestras de vergüenza y dolor de lo que es usual por el crimen cometido, etc. En casos como éstos, afirma García de Trasmiera, los jueces pueden aminorar las penas, como corresponde a la acostumbrada benignidad de nuestro Tribunal, que desea la enmienda antes que la dureza del castigo ⁵⁸.

Una de las características mejor perfiladas del Derecho penal del Antiguo Régimen, la utilidad de las penas, encuentra manifestación en este punto, en cuanto la doctrina comenta que no debe señalarse pena de galeras de duración inferior a los tres años, porque el forzado emplea los dos primeros años en aprender a mover adecuadamente el remo, y sólo a partir del tercero su esfuerzo comienza a ser rentable, así que si se le condenara a remar por uno o dos años, el galeote, más que una ayuda sería una carga para el fisco regio y no se ganaría ni siquiera la manutención ⁵⁹.

⁵⁵ Vid., vgr., J DE ROJAS, *Tractatus* ., P. I, núm. 546, p. 55, A DE SOUSA, *Aphorismi* ., L I, c. 35, núm. 19, p. 94v

⁵⁶ Vid , vgr , SIMANCAS, *De Catholicis Institutionibus* ., Tit. 40, núm. 6, p. 296

⁵⁷ Vid , vgr , SIMANCAS, *De Catholicis Institutionibus* ., Tit. 40, núm. 6, p. 296, J DE ROJAS, *Tractatus* ., P I, núm. 546, p. 55, CARENA, *Tractatus* ., P. II, t. 5, § 12, núm. 61, p. 102; A DE SOUSA, *Aphorismi* .., L I, c. 35, núm. 20, p. 94v.

⁵⁸ D GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia* ., L. 3, q. 8, núms. 25 y 26, p. 264 y núms. 28, 29, 30 y 32, p. 265

⁵⁹ Sobre el fin utilitario de la pena, cfr. F TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969, pp. 357 y ss.; vid también D GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia* ., L. 3, q. 8, núm. 33, p. 265

Las galeras estaban conceptuadas como la más grave de las penas corporales, más terrible aún, para algunos autores, que la misma pena capital. Por ello, quienes defendían la tesis de que el Santo Oficio debía ocuparse privativamente del conocimiento del delito de bigamia, utilizaron el dato de las frecuentes condenas al remo como argumento frente a los autores partidarios de que fuera competente la jurisdicción secular, que acusaban a la Inquisición de imponer penas tan suaves que no asustaban ni disuadían al pueblo de cometer tal crimen ⁶⁰.

Por razones de decoro, a las mujeres se les conmutaban los años de galeras por otros tantos de destierro, lo mismo que a los varones que presentaran incapacidad física para el ejercicio del remo ⁶¹.

Del Derecho canónico los Inquisidores tomaron la pena de la vergüenza pública, prevista también en el Derecho secular para éste y otros delitos: el reo salía a desfilar por las calles acostumbradas con los demás herejes, tocado con la coraza que identificaba su pecado (un hombre pintado entre dos mujeres, o una mujer con dos hombres) hasta llegar al tablado o a la iglesia en el que se celebraba el auto, donde se leía públicamente la sentencia ⁶².

Con la vergüenza se combinaba casi siempre otra pena de rancio abolengo canónico, la fustigación, que se solía administrar al día siguiente del auto, también de forma itinerante ⁶³. Ambas sanciones (vergüenza pública y azotes) se convirtieron en las penas

⁶⁰ D GARCIA DE TRASMIERA, *De polygamia.* , L 3, q. 10, núm 7, pp 276-277. « Et addit praecitatus Muta quod ipsa poena triremium est crudelis et quod est ipsa morte naturali terribilior , Haec ideo adnotavi non quia nostrum Tribunal froeno indigeat in poenis, mature enim in illis solet procedere, sed potius ut satisfacere iis, qui supra vidimus cupiebant hunc bigamiae casum ad Inquisitores non pertinere, quia scilicet non solet ita acriter puniri hoc delictum, ut commeretur»

⁶¹ A DE SOUSA, *Aphorismi.* , L I, c. 35, núm. 20, p 94v., D. GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia.* , L 3, q. 11, núm 38, p 286 apunta que a las mujeres no se les impone esta condena «vel ob indecentiam vel etiam ob corporis tenuitatem»

⁶² SIMANCAS, *De Catholicis Institutionibus.* . Tit 40, núm. 6, p. 296, CARENA, *Tractatus.* , P. II, t 5, § 12, núm 61, p. 102; GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia.* , L 3, q 10, núms 9-12, pp. 277-278, y núms 43-45, p. 287

⁶³ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia..* , L 3, q 10, núms 1-6 y 12, pp. 276-277, SIMANCAS, *De Catholicis Institutionibus.* , Tit 40, núm 6, p 296; CARENA, *Tractatus.* , P. II, t 5, § 12, núm. 61, p 102, SOUSA, *Aphorismi.* , L I, c. 35, núm. 20, p. 94v.

más usuales de la bigamia, las que sufrieron la mayor parte de los varones y prácticamente todas las mujeres; la Inquisición española se aparta aquí, precisamente, de algunas otras prácticas europeas que, por las mismas razones de honestidad que las libraba del remo eximía también a las mujeres de la flagelación⁶⁴. La libre apreciación judicial hacía oscilar entre cien y doscientos el número habitual de azotes y la doctrina resalta, como un signo más de la benevolencia del Tribunal el detalle de que los reos, a diferencia de los condenados por los jueces seculares, no correran con el gasto de pagar al verdugo⁶⁵.

Acorde también con los principios de general aceptación en el Derecho penal del Antiguo Régimen, tanto común como patrio, el Santo Oficio consagró el de desigualdad de las personas ante la ley penal en función de su categoría social en los delitos castigados, como el de bigamia, con penas arbitrarias⁶⁶. Así, salvo en algún caso particularmente escandaloso, los nobles se vieron exentos de sufrir penas consideradas ignominiosas, lo mismo que los clérigos y los burgueses de familia honesta y rica, asimilados a ellos. No portaban, pues la coraza infamante en el afrentoso desfile penitencial⁶⁷. En lugar de ir a galeras, eran condenados a ejercer la milicia en las trirremes o en los presidios, sirviendo como hombres de arma⁶⁸, o se les imponían penas de destierro, relegación y cárcel⁶⁹; los azotes se les solían conmutar por sanciones pecuniarias⁷⁰.

⁶⁴ SOUSA, *Aphorismi.*, L I, c 35, núm. 20, p 94v., GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia ...*, L 3, q 10, núms. 37 y 38, pp 285-286

⁶⁵ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia.*, L 3, q. 10, núms. 9-10, p 277 y núm. 24, p 279

⁶⁶ Cfr F TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta.*, pp 317 y ss

⁶⁷ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia.*, L 3, q. 10, núms 21-23, p. 279 y núms 43-46, p 287, también q 9, núm. 54, p 275.

⁶⁸ SOUSA, *Aphorismi.*, L. I, c 35, núm 20, p 94v GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia.*, L 3, q 9, núms 38-39, p. 273 y q 10, núm 12, p 277.

⁶⁹ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia.*, L 3, q 9, núm. 39, p. 273 y núm. 52, p 274.

⁷⁰ Sobre la existencia de un estatuto penal de la nobleza en el derecho común, GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia...*, L 3, q 9, núms 6-15, pp. 268-270. La justificación de este trato discriminatorio, *ibidem.*, núms 18-37, pp 270-273 y núms 50-51, p. 274 Para el régimen aplicable a las bigamas nobles, *ibidem.*, núm. 16, p 270

Sanción específicamente inquisitorial fue la abjuración por la sospecha de herejía a que la bigamia daba lugar, y que era, en último término, lo que justificaba que el Santo Oficio entendiera de la causa; solía hacerse públicamente, en el tablado, como colofón del desfile penitencial, aunque los nobles podían realizarla en privado ⁷¹. Aquí la Inquisición española muestra otra peculiaridad que la distingue de las restantes Inquisiciones porque, salvo en supuestos muy específicos, la abjuración era *de levi*, como correspondiente a un reo sobre el que gravitaba una sospecha ligera de heterodoxia; en los demás países europeos la Inquisición consideraba al bígamo fuertemente sospechoso y, en consecuencia, le obligaba a abjurar *de vehementi* ⁷².

La doctrina justifica esta peculiaridad apelando a la mayor indulgencia de la Inquisición hispana y a su comprensión de la fragilidad del ser humano, puesto que presupone que, salvo prueba en contrario o presencia de indicios muy fundados, los bígamos incurren en su delito impulsados por las pasiones, concretamente por la lascivia o por la codiciosa avidez hacia la dote de las mujeres. Pero tales presunciones no sirvieron para desvanecer la sospecha de herejía, aunque en el nivel de leve porque, como he dicho, sólo ella legitimaba la intervención de los jueces inquisitoriales ⁷³.

Únicamente cuando el reo hubiere vivido o tenido comunicación con los habitantes de las provincias infestadas de herejes luteranos o calvinistas, cuando procediera *ex gente mahometanorum* o cuando hubiera reincidido en el delito la sospecha y la consiguiente abjuración ascenderían al grado de vehementes, porque entonces se consideraba ya probable que en la base de la bigamia anidara no tanto la fuerza de los apetitos cuanto la presencia de una creencia desviada ⁷⁴.

⁷¹ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia..*, L. 3, q. 9, núm. 54, p. 275.

⁷² CARENA, *Tractatus.*, P. II, t. 5, § 11, núms. 57 y 59, p. 101; en núm. 58 se pronuncia en favor de la racionalidad de la práctica italiana frente a la hispánica; GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia*, L. 3, q. 10, núm. 12, p. 277, ALBERGHINI, *Manuale Qualificatorum...*, c. 27, núm. 10, p. 155.

⁷³ SIMANCAS, *De Catholicis Institutionibus...*, Tít. 40, núm. 6, p. 296, ALBERGHINI, *Manuale Qualificatorum...*, c. 27, núms. 10 y 11, pp. 155-156.

⁷⁴ CARENA, *Tractatus.*, L. II, t. 5, § 11, núm. 58, p. 101, pone de manifiesto la inconsecuencia de que en España los bígamos reincidentes sean sospechosos *de vehementi*, «ex duabus enim levibus suspicionibus non insurgit suspicio vehemens»; ALBERGHINI, *Manuale Qualificatorum.*, q. 27, núm. 3, p. 153 y núm. 12,

El marcado centralismo de la Suprema, que controlaba muy de cerca la actividad de los tribunales de distrito dio origen a la consolidación de una praxis que, sobre el principio ya señalado de la arbitrariedad de las penas, contribuyó a configurar una cierta tipología de las mismas, de acuerdo con la mayor o menor malicia del reo, con la existencia de causas de justificación o de excusa, con la categoría social de los intervinientes, etc.

De este modo, la doctrina desarrolla unos principios generales de observancia bastante común por los distintos tribunales españoles, como son:

1) Sustitución de la pena de galeras por la de exilio de uno a cinco años cuando el delito no llegaba a perfeccionarse, es decir, en los supuestos de intento o conato.

2) Reducción a tres años y aún supresión de la condena al remo, y remisión también de los azotes, aunque no de la vergüenza, cuando el bigamo no hubiera consumado el matrimonio posterior, o ninguno de los dos, sobre todo si el motivo había sido el arrepentimiento.

3) Reducción del tiempo de condena en las galeras a menos de cinco años si el reo contrajo el segundo matrimonio impulsado por la coacción, el error, la fuerza o el miedo grave.

4) Supresión de todo castigo en los supuestos en que hubiera intervenido desistimiento, es decir, cuando, iniciada la actuación conducente a la comisión del delito, el agente decidiera voluntariamente no proseguir los actos necesarios para la celebración del matrimonio delictivo⁷⁵.

5) Como circunstancia agravante que provoca una condena a galeras por tiempo superior a los cinco años, normalmente hasta siete o incluso hasta el límite de los diez que estableció Felipe II, y que aumenta además el número de azotes a doscientos o trescientos, la literatura jurídica alude a la reincidencia o multi-

p 156. Contradice los argumentos de CARENA en núms. 14-17, pp 156-158; GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia.*, L 3, q 7, núm 32, p. 258 Por lo que respecta al Tribunal de Murcia, de las ochenta causas de bigamia que he consultado, sólo hay noticia de un reo, casado tres veces, obligado a abjurar *de vehementi* «Francisco Rodríguez, barbero, vezino de antequera, estante en Murcia, por casado tres veces con mugeres virgenes; bela, sogá, corozá, abjuró de vehementi, trezientos azotes, cinco años de galeras». (A H.N. Sección Inquisición Leg 2022, núm. 1, fol 5)

⁷⁵ CARENA, *Tractatus* ., P. II, t 5, § 12, núm. 64, p 102, GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia.*, L 3, q. 8, núms 34-37, pp 265-266; ALBERGHINI, *Manuale Qualificatorum...*, c. 27, núm. 19, p. 159-160.

rreincidencia. Como ya quedó apuntado, esta circunstancia, por otra parte, puede convertir al reo en sospechoso *de vehementi*, lo que legitimaba al tribunal para interrogarle sobre la intención, recurriendo al tormento ⁷⁶.

Por principio, éste no se utilizaba en España donde, como hemos visto, el bigamo es sólo sospechoso *de levi*, si bien no faltan autores que, como García de Trasmiera, estiman muy conveniente su implantación en los casos en que el delito no pudiera ser plenamente probado ⁷⁷.

Porque hay veces, escribe, en que el acusado niega ser él la misma persona que contrajo el primer matrimonio, y alega que se trataría de otro con el mismo nombre. Esto suele ocurrir en muchísimas ocasiones; suponiendo que sólo hubiera un testigo, ¿qué se puede hacer? Con la práctica española este reo jamás podrá ser condenado, con lo que es más que probable que el autor de un delito gravísimo quede libre de castigo. Y esto sin hablar de la intención, que pudiera conducir al resultado de un crimen aún mayor, en el caso de que hubiera error en el intelecto; para no incidir en tan grave absurdo, creo —afirma— que lo mismo que hemos tomado del Derecho común la grave pena de los azotes y la gravísima de las galeras, así también deberíamos adoptar la tortura ⁷⁸.

La aplicación de ésta sí tendría lugar cuando el Tribunal considerara necesaria su administración a los bigamos que resultaran vehementemente sospechosos de herejía, como en los supuestos ya apuntados de probársele al reo ascendencia mahometana, o haber vivido en las regiones luteranas o calvinistas ⁷⁹.

⁷⁶ CARENA, *Tractatus* ., P II, t. 5, § 11, núm 58, p 101 y § 12, núm 62, p 102, GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia* , L. 3, q 8, núms 28-29, p 265.

⁷⁷ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia* , L. 3, q 7, núm 12, p 255, CARENA, *Tractatus* ., P. II, t 5, § 10, núms 55-56, pp 100-101, se manifiesta partidario de administrar tormento a los bigamos sobre la intención, aunque moderadamente: « ..ad modum torturae huiusce, existimo standum esse consuetudini locorum, ita tamen, ut haec tortura medietatem horae non excedat. .»

⁷⁸ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia* ., L 3, q 7, núms. 29-31, p 258

⁷⁹ Vid nota 74; también GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia* ., L 3, q 7, núm 25, p 257

EL PERDÓN DEL DELINCUENTE ARREPENTIDO

Una cuestión importante que debe ser tenida en cuenta dentro del tema que nos ocupa es el tratamiento que reciben los bigamos que se presentan espontáneamente ante el Tribunal del Santo Oficio y los que, convocados por los jueces, se comportan como buenos confitentes.

El Tribunal de la Inquisición se diferenciaba del resto de los órganos judiciales del Antiguo Régimen en que el arrepentimiento posterior a la comisión del delito disminuía siempre la responsabilidad del reo hasta el punto de que, cuando este arrepentimiento era perfecto, se convertía en lo que hoy llamaríamos una circunstancia eximente⁸⁰.

Puesto que en la esencia de la jurisdicción inquisitorial radicaba el principio de que lo que el Tribunal debía procurar era la salvación del alma del acusado, y premisas de ésta eran el reconocimiento del error cometido y el propósito de enmienda, se admitió que la confesión espontánea, como exponente de un arrepentimiento cierto, eximía de pena al bigamo, al que el Tribunal despachaba con una reprensión, algunas penitencias medicinales y abjuración *de levi* secreta, a no ser que el delito fuera conocido públicamente, como ocurría con cierta frecuencia⁸¹. El único requisito exigido era que el encausado no hubiera sido culpado antes por delito contra la fe, porque el perdón inquisitorial se otorga en principio sólo por la primera vez, en la inteligencia de que quien hubiera ya antes gozado de él, o hubiera sido condenado (es decir, el reincidente o relapso) demostraba suficientemente con su recaída que el arrepentimiento no era verdadero⁸².

Pero incluso si el proceso se iniciaba por delación o a iniciativa de los jueces, el arrepentimiento sobrevenido del reo surtía siempre efecto, de modo que si admitía su culpa y pedía perdón se le imponían sanciones tanto más moderadas cuanto antes se hubiera producido la confesión⁸³.

⁸⁰ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia.* , L. 3, q. 15, núm 8, p 308.

⁸¹ *Ibidem* , L. 3, q. 15, núms 25-53, pp. 310-316.

⁸² *Ibidem* , L. 3, q. 15, núm. 20, p. 310

⁸³ CARENA, *Tractatus* ., P II, t 5, § 12, núm. 66, p. 103; GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia.* , L 3, q 15, núm 5, p. 307.

No dejan los autores de resaltar el contraste con los Tribunales ordinarios, en los que el arrepentimiento posterior al crimen no sirve al reo para otra cosa que para acelerar el castigo; y esto es lógico, admiten, y aún necesario, porque la pena encierra en sí misma una finalidad ejemplar que no podría alcanzarse si el delincuente escapara al castigo de sus crímenes por el sólo hecho de abominar de ellos. Por esta razón, aunque confiesen y se arrepientan, se les sanciona con el mismo rigor, no sólo porque así satisfacen su culpa, sino también para que los demás hombres, a la vista del escarmiento, se atemoricen y no cedan a la tentación de cometer actos semejantes ⁸⁴.

Peró en el Tribunal de la fe el planteamiento es diferente; lo que en él se pretende antes que ninguna otra cosa es la salvación de las almas y ello se consigue, mejor que con el rigor, con la generosa comprensión hacia quienes reconocen su crimen, entre otras razones, por una de tipo pragmático: el hecho de que la seguridad de que recibirán un mejor tratamiento ha de inducir a los procesados a realizar una confesión sincera de sus pecados ⁸⁵.

Conviene precisar aquí que la confesión procesal en el Tribunal del Santo Oficio ha de entenderse, para que surta los efectos de que venimos hablando, en los mismos términos que la confesión sacramental, a cuya imagen se configura y de cuyos requisitos participa; así que para gozar del perdón es necesario que exista en el reo dolor de corazón, nacido de la conciencia del horror al pecado y no sólo del pesar por la vergüenza o las humillaciones que el procesado adivine en lontananza. Y, además, propósito de la enmienda, confesión completa y sin reservas, con delación de cómplices, y satisfacción de obra, es decir, humilde petición a los jueces para que le impongan las penitencias que, consideren oportunas ⁸⁶.

A este propósito la doctrina discurre por cauces emblemáticos, glosando la significación del escudo del Santo Oficio, donde la cruz central aparece flanqueada por la espada, símbolo de la justicia, y por el ramo de olivo, que representa la misericordia y

⁸⁴ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia...*, L. 3, q. 15, núms 5-7, p 307 y núms 9-10, p. 308

⁸⁵ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia* , L. 3, q. 15, núm. 11, p 308

⁸⁶ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia...*, L. 3, q. 15, núm. 12, p. 308

la benevolencia con que el Tribunal acoge al pecador que se muestra dispuesto a la enmienda ⁸⁷.

Como ha quedado dicho, el arrepentimiento se considera pleno y evidente cuando el reo se presenta ante los jueces para confesar su crimen, sin haber sido llamado, antes de que el Tribunal tuviera indicios, sospechas o noticia del mismo ⁸⁸.

Pero este modo de considerar el delito presentaba también su envés: si el acusado no lo reconocía, o lo confesaba sin manifestar arrepentimiento, o sostenía que era lícito casarse en vida del anterior cónyuge, quedaba *ipso facto* convertido en reo pertinaz; en este caso, la sospecha de herejía quedaba confirmada y el acusado, que lo era ya de herejía perfecta, en el supuesto de persistir en su creencia, podía acabar entregado al brazo secular para su relajación como reo impenitente. En este sentido los autores no olvidan apuntar, aunque con un planteamiento que parece más académico que realista, que la bigamia debe reprimirse con la muerte si el reo convicto se empeña en defender que es lícito contraer varios matrimonios simultáneamente ⁸⁹.

LA COMPLICIDAD EN EL DELITO DE BIGAMIA

Un delito frecuentemente anejo al de bigamia, sobre todo a partir del Concilio de Trento, es el de falso testimonio emitido para facilitar la celebración del matrimonio ilícito; al requerir la burocracia eclesiástica la constatación de la libertad o soltería de quienes aspiran a contraer nupcias, aquellos que, estando casados, intentaban cometer delito de bigamia se veían obligados a utilizar diversos recursos, todos ellos fraudulentos.

Hay que tener en cuenta que la bigamia presupone la existencia de un hecho (el primer matrimonio) casi siempre público y no-

⁸⁷ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia..*, L 3, q. 15, núms 1-4, p 306 Argumenta, además, que el delito de los procesados por la Inquisición atenta contra Dios, quien perdona siempre al penitente humilde que reconoce su error, por ello los Inquisidores, que juzgan la causa de Dios, han de seguir el ejemplo divino, perdonando a los reos y ayudando a la salvación de sus almas mediante la imposición de saludables penitencias.

⁸⁸ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia* ., L 3, q 15, núm 25, p. 311.

⁸⁹ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia.* , L. 3, q 8, núms 37-38, p 266.

torio en el lugar de celebración, por lo que el delito, es decir, el matrimonio segundo, debía intentarse en otra parte, por lo general alejada del pueblo de origen o de aquel donde tuvieron lugar las primeras nupcias, esto es, en donde no hubiera constancia del anterior casamiento; con mucha frecuencia, para mayor seguridad, el delincuente toma la precaución adicional de cambiar su nombre ⁹⁰.

Ya se dijo que en la inmensa mayoría de los casos el bígamo es una persona desarraigada, un forastero que llega, por ejemplo, a una población en la que se establece por algún tiempo. Cuando prepara su segundo matrimonio suele reclamar del cura de su pueblo el certificado de bautismo, y a veces esto basta, porque pudo ocurrir que saliera de allí célibe y se casara en alguna estadía de su peregrinaje, por lo que en el documento no hay ninguna anotación, y hace fe de su soltería. Otras veces recibe el certificado en el que consta su condición de casado y falsifica el escrito, o lo redacta él mismo ⁹¹, o bien adopta el nombre de una persona de su pueblo que sabe que es soltera (un hermano, un pariente) y pide el documento a nombre de ésta ⁹². E incluso puede

⁹⁰ Vid , por ejemplo, *AHN*, Sección Inquisición, leg 3733, núm. 133, sobre el doble matrimonio del gitano Domingo Quirós, casado en Ronda bajo el nombre de Francisco Pineda y en Baza bajo el de Antonio Malla; núm 176 sobre el delito de Gil de Casanoba, casado primero en un lugar próximo a Zaragoza con nombre de Juan de Porta y años después, con el suyo propio, en Ceuta, núm 199 sobre el delito de Luis Box, casado en Toledo y doce años más tarde en Elche, bajo el nombre de Vicente Borja, núm 234 sobre el conato de bigamia de Tomás Guzmán, casado en Murcia, que intenta casarse de nuevo en Guadix con el nombre de Tomás Marín; núm 251 sobre la bigamia de Violante Palomo, casada en Antequera y después en Cartagena con el nombre de Violante Castillo; leg 3735, núm. 265, doble matrimonio de Javier Sirvent, primero en Valencia y luego en Jerez, con el nombre de Francisco Miralles, etc , etc

⁹¹ Es el caso de Gabriel Antonio Carrasco, que presenta, en la información previa a su segundo matrimonio «una fe de muerte de su muger firmada, según sueña, por el cura de Santa María de Ezija, y legalizada con 3 notarios», el cura de la citada parroquia declara «que no ha habido cura con tal nombre, ni tales escribanos en Ezija» (*AHN*, Sección Inquisición, leg 3734, núm 87), una falsa partida de enterramiento de su primera mujer presentó también Fernando González, de Elche, para casarse en Málaga (*AHN*, Sección Inquisición, leg 3735, núm. 263).

⁹² Cfr *AHN*, Sección Inquisición, leg 3734, núm 83, sobre el delito de Catalina Meléndez, casada en Moratalla y después en Beas, tomando el nombre de

cometer el delito en su propio pueblo natal, al que regresa después de un período de ausencia en otras tierras, donde celebró la primera boda, ocultando al volver que se ha casado fuera.

En todos estos casos el reo actúa por su cuenta, sin acudir a la colaboración de terceros; su conducta es plenamente dolosa por lo que, como mínimo, se le impondrá la sanción tipo de los cinco años de galeras, más los cien o doscientos azotes, vergüenza y abjuración pública *de levi*.

Pero no resulta raro que el bigamo recurra a la declaración de testigos que respondan de su soltería. En estos casos, el reo suele presentarse en el pueblo donde no lo conocen y comportarse de manera que consigue crear, en el círculo social en el que se desenvuelve, un clima de opinión favorable a su estado de soltería. De este modo, cuando se presenta la oportunidad de contraer el segundo matrimonio, el bigamo convence a algunos amigos para que declaren ante el párroco que le conocen desde hace tiempo y que les consta la inexistencia de un vínculo anterior. Para dar mayor énfasis a estas declaraciones y conseguir que el párroco considere suficientemente fundada su convicción y prescinda de más averiguaciones, no es infrecuente que tales testigos, fiándose del reo, declaren que le conocen desde siempre, o desde mucho tiempo antes del momento en que realmente le conocieron ⁹³.

Mayor malicia encierra la conducta de otros testigos que emiten su testimonio por dinero, a sabiendas o no de la condición de casado del reo, o por consideraciones relacionadas con el honor, por ejemplo, para apresurar un matrimonio que depure la vergüenza de un estupro o de un compromiso con alguna mujer de

una hermana muerta; leg 3731, núm 102, sobre la bigamia de Francisco Ubeda que vuelve a casarse tras suplantar la personalidad de Lorenzo Marchante; leg 3735, núm 133, cit , en nota anterior, que se casa valiéndose de la documentación de un primo de su segunda mujer, Antonio Malla, leg. 3722, núm. 288, causa contra Pascual Vázquez, casado por segunda vez valiéndose de la partida de bautismo de su hermano Mariano.

⁹³ Vid *AHN*, Sección Inquisición, leg 3734, núm. 93, proceso contra Don José DE Villanueva y Taboada, en cuya información de libertad previa al segundo matrimonio declaran como testigos Bernardo Beltrán, escribano de rentas, que afirma conocerlo desde hacía 27 años y «.. assi en Galicia como en Madrid y Cartaxena siempre le havia conocido libre y soltero», e Ignacio Pardo, «que conocía al reo más de 32 años avria... y sabe .. que el reo se havia mantenido libre y soltero.. » Hay otros muchos casos parecidos.

la familia ⁹⁴. O de quienes, para neutralizar el certificado del primer matrimonio que ha llegado a manos del párroco en la información previa a las segundas nupcias, declaran tener constancia de que el novio es viudo, atestiguando la muerte del primer cónyuge. Y no faltan, tampoco los que ayudan a la comisión del delito confeccionando falsos certificados de soltería o de viudez ⁹⁵.

La doctrina inquisitorial resolvió que quienes hubieran testificado en falso, o falsificado documentos para facilitar al bigamo la comisión de su pecado debían ser juzgados también por el Santo Oficio, en cuanto cooperantes en un delito sometido a la jurisdicción de éste ⁹⁶. En opinión de algún autor la frecuencia con que se producían las testificaciones falsas o temerarias, y la ligereza con que los testigos procedían ante los párrocos en las diligencias previas a los matrimonios eran debidas a que no siempre estas actuaciones eran castigadas por los Inquisidores; al limitarse éstos al conocimiento de la causa principal y desentenderse de estas otras cuestiones accesorias, los falsos testigos quedaban muchas veces impunes, porque la noticia de su participación en el delito no llegaba a conocimiento de la justicia secular ni de los ordinarios, por la calidad secreta de los procesos inquisitoriales ⁹⁷.

La praxis judicial del Santo Oficio consistió en sancionar a estos testigos falsos, según las circunstancias concretas de cada caso, con penas arbitrarias que, en determinados supuestos de clara malicia, llegaban a equipararse con las impuestas al reo principal ⁹⁸.

ENRIQUE GACTO

⁹⁴ Vid , por ejemplo, *A H N* , Sección Inquisición, leg. 3734, núm 88, proceso contra Alvaro Valverde, de cuya libertad dio testimonio Miguel Muñoz «por hacer obra de caridad, estando embarazada la novia», y a instancia del padrastro de ésta.

⁹⁵ Vid *A.H.N.*, Sección Inquisición, leg. 3733, núm. 221, proceso contra Francisco Zerdán, a quien Don Pedro Montilla le preparó un falso certificado de defunción de su primera mujer, que todavía vivía

⁹⁶ CARENA, *Tractatus..* , P. II, t 5, § 13, núm. 67, p. 103, ALBERGHINI, *Manuale* . , c. 27, núm. 9, p 155.

⁹⁷ GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia..* , 1.3, q. 16, núms 9-13, pp. 320-321 y q 17, núm. 23, p 328.

⁹⁸ CARENA, *Tractatus ..*, P. II, t 5, § 13, núm. 67, p. 103; GARCÍA DE TRASMIERA, *De polygamia* . , 1 3, q 16, núm. 12, p 320.

DA «IUSTITIA» À «DISCIPLINA». TEXTOS, PODER E POLÍTICA PENAL NO ANTIGO REGIME

SUMARIO

- I. INTRODUÇÃO. II. O DIREITO PENAL DA MONARQUIA CORPORATIVA. III. O DIREITO PENAL DA MONARQUIA «ESTATALISTA». IV. O SISTEMA DISCURSIVO DO *CÓDIGO CRIMINAL* de Pascoal do Melo. «ARQUIVO» TEXTUAL E SISTEMÁTICA. V. OS CÓDIGOS IDEOLÓGICOS DO DISCURSO LEGISLATIVO. 1. *Os crimes contra a religião*. 2. *Os crimes contra ordem moral*. 3. *Os crimes contra a ordem política —a lesa-magestade*. 4. *Os crimes contra a ordem política —a violência*. 5. *Os crimes contra as pessoas —a honra*. 6. *Os crimes contra as pessoas —o corpo*. 7. *Os crimes contra a verdade*. 8. *Os crimes contra o património*. 9. *Conclusão*.

I. INTRODUÇÃO

Em 26 de Novembro de 1786 —quatro dias antes da promulgação daquele que é considerado como o primeiro «código penal moderno», o código de Pedro Leopoldo da Toscana—, Pascoal de Melo apresentava à *Junta do Novo Código* a primeira parte do seu projecto de código criminal.

Apesar de objecto de três edições¹ e de ser geralmente conhecido e citado, este texto não tem despertado grande atenção. E,

¹ *Ensaio do Código Criminal a que mandou proceder a rainha D. Maria I*, Lisboa (Tip. Maigrense, 1823), XIII + 459 pp. Ed. Miguel Setaro, ex-consul de Portugal na Rússia, que utilizou um manuscrito cedido pelos herdeiros do autor *Código criminal, intentado pela rainha D. Maria I.. Segunda edição castigada dos erros*, Lisboa 1823 (Tip. Simão Tadeu Ferreira), 1823, XIX-144. Ed. Francisco Freire de Melo que, possivelmente com a colaboração do próprio Pascoal de Melo nos últimos anos de sua vida, retocou a versão original «porventura com mais algum fim, do que o de a depurar e corrigir» («Advertência» da 3a. ed., IV), pelo que, no dizer dos mesmos terceiros editores, a transformou «por assim dizer, numa obra nova». Não inclui as «Provas». *Código criminal, intentado pela rainha D. Maria I, com as provas*, Coimbra, 1844 (Imprensa da Universidade). Segue, fundamentalmente, a primeira edição. Mas os editores prometem incluir, a final, uma tabela das variantes, entre as duas anteriores edições, todavia, nos exemplares que conheço, tal tabela não aparece. No presente texto, seguiu-se a terceira edição. Sobre Pascoal de Melo, v., por todos, VITOR FAVEIRO, 1968.

no entanto, trata-se, a meu ver, de uma peça ímpar, quer no confronto com a tradição legislativa europeia, quer pela importância que vai ter como modelo (muitas vezes implícito ou silenciado) das futuras tentativas de codificação penal em Portugal².

Neste estudo, pretendo contribuir para colmatar esta lacuna da nossa historiografia.

Ao fazê-lo, dou-me conta, porém, do carácter inusitado do empreendimento, no contexto das actuais tendências da história institucional e jurídica. Numa fase de crítica generalizada, e globalmente justa, a uma histórica jurídico-institucional voltada para os textos —legislativos ou doutrinários— e *separada* do estudo dos factos sociais, eis que me re-proponho um estudo textual³, numa área onde, para mais, proliferam leituras antropológicas, sociológicas e políticas —a história do crime e da pena⁴.

Ocorre, portanto, colocar algumas questões preliminares sobre o estatuto teórico da história textual, nesta nossa época que rompeu definitivamente com os postulados da historiografia jurídico-institucional de cariz dogmático (*Dogmengeschichte*).

A primeira questão a ser levantada é a de saber se tem sentido, para quem pretenda fazer uma história dos sistemas de controle e marginalização sociais, preocupar-se assim com os textos.

Na verdade, e quanto aos textos legais, todos sabem que as leis —mesmo as penais— nunca são pontualmente cumpridas e que, em alguns casos, nem sequer visam —como diremos adiante— essa aplicação pontual. Que, ademais, elas não constituem todo o direito, existindo normas socialmente eficazes no plano da marginalização e da punição de diversíssimas origens, desde os estilos de julgar até a regras muito pouco estruturadas de comportamento social⁵. Quanto à doutrina, todos os que estão familiarizados com a literatura jurídica cedo descobrem que ela constitui, não um espelho da realidade social, mas um seu filtro e reconstrução. Que reclassifica e revaloriza uns factos sociais, que silencia outros, que cria realidades «imaginárias» —e não me refi-

² Sobre elas, v por último, o original trabalho de J M LOPES SUBTIL, 1986

³ A. M HESPANHA, 1986a, y J.-M SCHOLZ, 1986

⁴ Para um balanço actual, v PH ROBERT, 1985, conjunto significativo das orientações hoje correntes, em L BERLINGUER, 1986.

⁵ Sobre a multiplicidade de normas de conduta e de tecnologias de controlo social, v A. M HESPANHA, 1987.

ro apenas àquilo que os próprios juristas consideram como *fictiones iuris*, mas a coisas de cujo carácter «construído» eles parecem não se dar conta— e as trata como reais.

E, no entanto, os textos, não apenas são, eles mesmos, *realidades* da história jurídica e institucional, como mantêm uma íntima relação com outras realidades de que se alimenta quotidianamente a tal história social das instituições.

Começo por este último aspecto. Um dos temas actuais da história penal europeia é o das grandes linhas de evolução da criminalidade na Europa, da idade média aos nossos dias. Explorando uma sugestão inicial de uma transição da criminalidade violenta para a criminalidade patrimonial (*from violence to theft*)⁶, tem-se procurado, com base em estudos estatísticos dos registos judiciais, comprovar ou infirmar esta tese. Mas, «furto» ou «violência» são realidades *conceituais* e não *empíricas* (no sentido mais lhamo da palavra). E realidades conceituais que, como se verá, experimentaram mudanças bruscas no decurso da evolução dogmática de ciência penal. Como os factos sociais do passado nos chegam através de textos —e de textos que os filtram pelas categorias da grande tradição dogmática europeia— esta tradição textual acaba por constituir uma chave indispensável para fazer a história dos factos empíricos.

Mas, mais do que isto, parece importante sublinhar como os textos, em si mesmos, são *factos sociais «historiáveis»*; como não são apenas receptáculos neutros e disponíveis de ideias ou de coisas, mas realidades internamente estruturadas, dotadas, por assim dizer, de uma vida e lógica evolutiva próprias. Realidades que seleccionam as *coisas* (os *objectos*) de que neles se pode falar; que atribuem um certo estatuto sócio-institucional ao *autor* e que pré-figuram um certo *auditório*; que autorizam certa maneira de argumentar ou de provar e excluem outras; que, entre si, autonomamente dialogam, convidando à leitura de outros textos e, em contrapartida, interditando certas referências (i.e., que criam uma certa *intertextualidade*)⁷.

⁶ Sobre o tema, v. JENS CHR. V. JOHANSEN, 1986

⁷ Cf. para estes aspectos, M. FOUCAULT, 1969 (estruturas discursivas a condições da prática discursiva), P. ZYMA, 1977, 1980 (sobretudo para o conceito de intertexto) Apresentação geral destes temas, em português, CARLOS REIS, 1981. Aplicação ao discurso jurídico, A. M. HESPANHA, 1978a

Falar de autonomia dos textos pode constituir um equívoco, se não se esclarecer imediatamente que este sistema interno dos discursos é a outra face das condições sociais e institucionais e até materiais em que eles são produzidos. Condições sociais, institucionais e políticas modelam o universo dos autores e dos leitores e estabelecem o modelo das suas relações recíprocas. Circunstâncias materiais (v.g., estado das bibliotecas) e culturais (v.g., linguísticas) condicionam o universo das referências. Por sua vez, são de novo condições sociais e políticas que estabelecem os limites do impacto social (da *recepção*) de um texto ⁸.

É este o contexto teórico, é esta a pré-compreensão metodológica, em que vai decorrer a seguinte apresentação do *Projecto de Código Criminal* de Pascoal de Melo.

Numa primeira parte (caps. II e III), procuraremos definir o espaço político em que se situa (em que é eficaz) o grande discurso penalista de que faz parte a obra de Pascoal de Melo. Estudaremos, para isso, o espaço punitivo do direito legal doutrinal —a que por simplificação chamaremos o direito real—, na órbita do qual este discurso se situa, a fim de surpreender as apostas políticas que aí se jogam.

Num plano, as apostas da coroa, enquanto promotora desta específica ordem penal; noutro, as dos próprios juristas, enquanto titulares da mediação jurídica letrada.

No primeiro plano, veremos como, durante o período da monarquia «corporativa» ⁹, o direito real constituiu uma ordem jurídica apenas virtual, mais orientada para uma intervenção simbólica, ligada à promoção da imagem do rei como sumo dispensador da justiça, do que para uma intervenção normativa que disciplinasse, efectivamente, as condutas desviantes. Este carácter virtual da ordem penal real explica, por sua vez, o carácter «livresco» da teoria penal que incide sobre ela e a sua aparente insensibilidade aos problemas sociais e humanos da punição. Tanto como a lei, o discurso dos juristas não está decisivamente vo-

⁸ Sobre o conceito de «recepção», v. as obras citadas na nota 7. Sobre a análise pragmático-política dos textos e dos discursos —além de M. FOUCAULT, 1969—, P. BOURDIEU, 1976, 1980 e 1984.

⁹ Utilizamos este conceito com o sentido que resulta das conclusões apresentadas em *As vésperas do Leviathan* (A M. HESPANHA, 1986b).

cacionado para uma modelação quotidiana da prática penal. Não é que esta esteja completamente fora do horizonte do discurso, mas impõe-se aí tanto como a tradição literária. Por isso, gritantes questões de política criminal —como, por exemplo, a da utilidade social das penas ou a da prevenção penal— são completamente submergidas pelo peso da tradição textual e pelos *clichés*. O discurso fecha-se sobre si, sobre o seu *inter-texto*, e pode, assim, manter-se fiel a tradições textuais antiquíssimas, prolongar durante séculos as mesmas classificações e hierarquizações, repetir os mesmos temas e tópicos da tradição jurídica romana, canónica e medieval. E, com isto, reforçar ainda um *habitus* intelectual dos juristas que, subvertidas as condições de produção e de intervenção social deste discurso, continuará a ser responsável pela supervivência das fórmulas literárias tradicionais, ainda que preenchidas com um novo conteúdo.

No segundo plano —o das apostas políticas dos mediadores jurídicos—, destacaremos como este fechamento do discurso sobre si se transforma num factor de construção do poder corporativo dos juristas. Pela *hetero-integração* dos textos legislativos com os textos do direito comum, os juristas escapavam aos limites do direito legislado (ele mesmo, em grande parte, da sua feitura); daí a importância política da discussão em torno dos tópicos *nullum crimen, nulla poena sine lege* que, segundo cremos, não deve, neste período, ser tão relacionado com a defesa das garantias dos particulares quanto com as tensões políticas acerca do arbítrio dos juristas. Pela defesa de um domínio arbitrário de acção —na busca e prova dos factos, na sua avaliação, na interpretação da norma jurídica, na decisão sobre a oportunidade da sua aplicação— os juristas constituem-se em mediadores monopolistas do direito e averbam, assim, o capital político e simbólico daí decorrente. O próprio carácter fechado e exotérico do discurso favorece esta estratégia, ao acentuar ainda o monopólio dos juristas sobre o saber jurídico e ao decorar este último com o ar de uma disciplina altamente técnica e formalizada (i.e., distante e neutra em relação aos interesses sociais e vitais em discussão) ¹⁰.

¹⁰ V sobre estes temas, hoje centrais, da sociologia do discurso jurídico moderno, sobretudo os trabalhos de R. AJELLO e sua escola, nomeadamente, R. AJELLO, 1976, 1985, L. ROVITO, 1981 V. SCIUTI-RUSSI, 1983

A ruptura iluminista corresponde, por sua vez, a vários fenómenos.

No respectivo capítulo, destacaremos a modificação das modalidades de intervenção social do direito real. No seio de um projecto político que intenta reduzir os pólos periféricos de poder, construir o Estado e fazer deste o pólo único de disciplina social, a função do direito penal real vai ser, agora, verdadeiramente normativa e disciplinar.

Isto implica, naturalmente, mudanças institucionais como a reforma do direito, da organização judiciária e do sistema das penas, a que se aludirá nesta primeira parte. Mas também mudanças discursivas, quer no plano sintáctico —i.e., da organização formal do discurso—, quer nos planos semântico —i.e., dos temas e problemas tratados— e pragmático— i.e., do estatuto dos locutores e do público visado. Destas mudanças se falará, sobretudo, na segunda parte; mas destacaremos, por ora, dois aspectos.

Um deles, correlativo da aquisição, pelo discurso jurídico-penal, de uma mais efectiva intenção práctico-normativa, é o facto de nele passarem a estar continuamente presentes os temas de política criminal, substituindo as discussões dogmáticas usuais na tradição textual. A *utilidade* das soluções impõe-se agora à sua *elegância*. E, com isto, ganham-se um novo tom, um novo sistema de argumentação e de comprovação das proposições, um novo universo de referências e autoridades. Novas questões se abrem —como, por exemplo, a do «humanitarismo»— que, menos do que numa maior sensibilidade moral, se fundam antes na maior responsabilização social dos juristas pelas opiniões que formulam no seio de um discurso que deixou de ser un jogo literário ou dogmático para se transformar num instrumento de disciplina social.

O outro aspecto diz respeito aos novos estatutos dos sujeitos do discurso.

Da parte dos autores, as modificações institucionais no plano da reforma das fontes do direito, do ensino jurídico e da organização judiciária, abalam-lhes o anterior monopólio da discussão jurídico-penal. Agora, eles têm, mais frequentemente, que convencer os leigos e que dialogar com uma literatura não técnica. No seu intertexto —i.e., no seu campo virtual de diálogo— deixam de estar apenas os textos da tradição penal letrada, para passarem a estar, também, os textos da nova ciência de polícia e a

literatura sobre temas penais, mais ou menos panfletária, consumida avidamente pela opinião pública europeia na segunda metade do séc. XVIII. E, com isto, é todo um universo discursivo que se transforma.

Da parte do auditório, experimentam-se as modificações respectivas. Os textos, assim dirigidos à opinião pública e correspondentemente organizados no plano formal —na sistematização, na língua, no vocabulário, nas referências bibliográficas—, modelam um novo leitor, criam um novo auditório, não já o dos peritos em direito, mas o dos «homens ilustrados e amantes do bem público». E, com isto, modifica-se também a situação semiótica do texto e as apostas político-culturais em que este passa a estar comprometido.

Definidos o espaço discursivo e as mutações que aí se verificam, abordaremos, depois (cap. IV), a tradição literária que constitui o intertexto do *Projecto*. Procurando detectar aí, quer os momentos de ruptura, quer as continuidades na organização do discurso. Como veremos, as continuidades discursivas aparecem como imponentes, constituindo as categorias de apreensão dos problemas do crime e da pena, vigentes durante séculos para os técnicos das ciências do poder e da sociedade. Uma tão longa vigência destes quadros classificativos e valorativos não pode ter deixado de marcar muito profundamente a cultura penal europeia, mesmo nas suas manifestações populares (como o documenta a literatura popular sobre temas penais)¹¹. Nesse sentido, não seria totalmente despropositado tentar recuperar, com base neles, alguns dos traços da antropologia cultural da sociedade europeia¹². Mas, seja como fôr, o que tais quadros representam é, pelo menos, a antropologia espontânea dos juristas, o cabedal impensado com o qual gerações e gerações de titulares de uma mediação político-social decisiva vão avaliar os homens e a sociedade do seu tempo e propor-lhes modelos de organização.

É aqui —ao nível de estruturas textuais e discursivas que, a um tempo, manifestam e modelam a sensibilidade mais profun-

¹¹ V. sobre a literatura popular francesa sobre temas penais, com métodos inovadores, H -J LUSEBRINCK, 1983

¹² Retomo, neste ponto, uma interessante proposta de B CLAVERO (em B CLAVERO, 1985).

da dos mediadores jurídicos da Europa moderna— que as mutações (na maneira de classificar, de hierarquizar, de relacionar ou de opor, de valorar) são mais decisivas e reprodutoras. Daí que, se concluirmos —como algumas vezes concluiremos— que é neste plano que o novo discurso de Pascoal de Melo (ou melhor, que tem em Pascoal de Melo o seu *medium*) rompe com o passado, então estaremos a justificar plenamente aquilo que antes dissemos sobre o carácter epocal da sua obra.

II. O DIREITO PENAL DA MONARQUIA CORPORATIVA

O sistema penal da monarquia corporativa caracterizava-se por uma estratégia correspondente à própria natureza política desta. Ou seja, se, no plano político, o poder real se confronta com uma pluralidade de poderes periféricos, frente aos quais se assume sobretudo como um árbitro, em nome de uma hegemonia apenas simbólica, também no domínio da punição, a estratégia da coroa não está voltada para uma intervenção punitiva quotidiana e efectiva ¹³.

De facto, a função político-social determinante do direito penal real não parece ser, na sociedade «sem Estado» dos séculos XVI e XVII, a de efectivar, por si mesmo, uma disciplina social. Para isso lhe falta tudo —os meios institucionais, os meios humanos, o domínio efectivo do espaço e, por fim, o domínio do pró-

¹³ Limite-me, neste estudo, a considerar o direito penal da coroa no domínio secular. A prática punitiva da Inquisição —que, formalmente, deveria ser integrada no universo da punição real, dada a natureza do Tribunal— funciona, a meu ver, num plano diferente, pouco tendo a ver com o discurso jurídico-penal cujas condicionantes estamos a estudar. Por um lado, realiza uma função político-ideológica diferente, não se orientando prevalentemente para a promoção da imagem do rei como sumo dispensador da justiça e da graça, depois, não apresenta as mesmas dificuldades de implantação prática, sobretudo pelo facto de se impôr através de mecanismos institucionais e processuais muito mais eficazes, importados do modelo eclesiástico de organização, por fim, porque a esta prática não corresponde o mesmo universo de discurso, pois os juristas não se ocupam, senão lateralmente, da prática punitiva da Inquisição, mesmo quando tratam de crimes que, em Portugal, são do seu foro.

prio aparelho de justiça, expropriado ou pelo «comunitarismo» das justiças populares ou pelo «corporativismo» dos juristas letrados. Essa função parece ser, em contrapartida, a de afirmar, também aqui, o sumo poder do rei como dispensador, tanto da justiça como da graça.

É nesta perspectiva que, a meu ver, deve ser lido o direito penal da coroa. Se o fizermos, não deixaremos de convir que, em termos de normação e punição efectivas, ele se caracteriza, mais do que por uma presença, por uma ausência. Vejamos como e porquê.

Começemos pelos aspectos ligados à efectivação *positiva*, por assim dizer, da ordem real.

Com esta se relaciona, desde logo, a questão da eficácia conformadora da mediação dos juristas, ou seja, da capacidade que os juristas têm, no sistema do *ius commune*, de estabelecer autonomamente o direito. No entanto, como esta questão nos irá sobretudo interessar num ulterior momento, deixemo-la por agora. Fixemo-nos, para já, no grau de aplicação prática da ordem penal legal.

Os dispositivos de efectivação da ordem penal, tal como ou vinha na lei, careciam de eficiência.

Primeiro, pela multiplicidade de jurisdições¹⁴, origem de conflitos de competência —descritos por muitas fontes como intermináveis—, que dilatavam os processos e favoreciam fugas ao castigo. Depois, pelas delongas processuais —de que todas as fontes nos dão conta—, combinadas como o regime generoso de livramento dos arguidos, a que nos referiremos¹⁵. Finalmente —e é es-

¹⁴ V, para além das indicações que dei no meu *As vésperas do Leviathan*, a descrição sucinta de CASTRO, 1619, pg II, l 1, c 2, 78 ss [pg 25 ss] (jurisdições temporais ou laicas) e pg I, l 2, c 1 ss [pg 55 ss] (jurisdições eclesiásticas).

¹⁵ O tema das «delongas processuais» carece de estudo, para que se não aceite acriticamente um tópico comum *A Lembrança de todos os criminosos*, adiante mais detidamente referida, não fornece dados definitivos para uma avaliação do assunto, nos finais do século XVII ao lado de presos com vários anos de cárcere à espera de decisão, outros tinham os feitos conclusos para julgamento ao fim de dois ou três meses. Sobre as dificuldades de implantação da ordem punitiva real, mesmo na capital, e sobre o diagnóstico das causas destas dificuldades, v o preâmbulo do alv. de 31-3-1612 (C L E, I, 422 ss), onde se referem, sobretudo, a falta de estruturas «policiais» e de controlo da ordem pública, as «inumeráveis indus-

te o tema que, agora, nos passa a interessar—, pelos condicionamentos de aplicação das penas.

Condicionamentos de dois tipos. De natureza política, isto é, relacionados com o modo como a política penal da coroa se integrava numa política mais global de disciplina régia; ou de natureza prática, relacionada como as limitações dos meios institucionais, logísticos e humanos na disponibilidade da coroa. Começemos por estes últimos e, no final, concluiremos com os primeiros.

Tomemos para exemplo a pena de degredo. Quanto aplicada para o ultramar, ela obrigava à espera, por vezes durante meses ou anos, de barcos para o local do exílio¹⁶; o réu ficava preso à ordem da justiça, nas cadeia dos tribunais de apelação, tentando um eventual livramento, aquando das visitas do Regedor da Justiça¹⁷. De qualquer modo, uma vez executada a deportação, faltavam os meios de controle que impedissem a fuga do degredado¹⁸.

As mesmas dificuldades existiam nas medidas, preventivas ou penais, que exigissem meios logísticos de que a administração da justiça carecia. Era o que se passava com a prisão —de resto, raramente aplicada como pena—, que obrigava à existência de cárceres seguros, à organização de operações onerosas de transporte de presos (as odiadas *levas de presos*), à disponibilidade de meios

trias e subterfugios» com que se podia iludir o castigo ou dilatar a sua execução e a demora dos processos (nomeadamente, no caso de réus pobres os escrivães não queriam realizar actos de que sabiam não ir ser pagos, ou naqueles em que não havia acusação de parte).

¹⁶ Isto levou a que se determinasse que o lugar do degredo fosse fixado genericamente («para Amgola», «para o Brasil»), embora conheça decisões de degredo «para Bissau», «para Cacheu», «para a Ilha do Príncipe», «para o Maranhão»

¹⁷ Sobre estas visitas, v., *infra*

¹⁸ No manuscrito *Lembrança de todos os criminosos* ., encontram-se (poucos) casos de criminosos fugidos do local do degredo. A pena é, normalmente, a de voltar a cumprir o degredo por inteiro. Noutros casos, o crime é punido com a pena de degredo, convertida na de morte natural se o criminoso regressar, fugido, ao reino. Isto correspondia à doutrina geral sobre o tema, que estabelecia, para estes casos, a repetição do degredo, em local considerado mais agravado (v.g., se o primeiro degredo era no norte de África, o segundo seria em Angola, ou, sendo o primeiro aqui, o segundo seria no Brasil, fugindo-se, neste último caso, a pena era a morte).

de sustento dos detidos, embora parte do cibo corresse à conta destes. As únicas penas facilmente executáveis eram as de aplicação momentânea, como os açoites, o cortamento de membro ou a morte natural. Mas, como veremos de seguida, mesmo estas parece terem sido, por razões diferentes, raramente aplicadas.

Vejam agora o que acontecia com a mais visível das penas — a pena de morte natural, prevista pelas *Ordenações* para um elevado número de casos, em todos os grandes tipos penais, salvo, porventura, nos crimes de dano¹⁹. Prevista tantas vezes que, nos fins do séc. XVIII, se conta que Frederico o Grande, da Prússia, ao ler o livro V das *Ordenações*, teria perguntado se, em Portugal, ainda havia gente viva. Na prática, todavia, os dados disponíveis parecem aconselhar uma opinião bem diferente da mais usual quanto ao rigorismo do sistema penal. Na verdade, creio que a pena de morte natural era, em termos estadísticos, muito pouco aplicada em Portugal.

Como não existem estudos empíricos sobre os modelos de punição, nem sequer ao nível dos tribunais da corte — por onde todos os casos de penas superiores à de açoites tinham que passar em apelação²⁰ —, temos que nos socorrer de indícios dispersos e menos sistemáticos.

Começemos por uma fonte — uma relação dos presos da cadeia da cidade de Lisboa, entre 1694 e 1696, a que nos referiremos mais detidamente nos parágrafos seguintes²¹ — que nos facultada dados relativos às medidas penais aplicadas a cerca de 300 (em geral, grandes) criminosos; a ela se referem os Quadro I e os Gráficos I a III do Anexo. Por aí se vê que a pena capital apenas foi usada em 3 casos, todos de homicídio (um caso de homicídio do marido pela mulher, do carcereiro por um preso e «de hum ra-

¹⁹ V os casos de aplicação da pena de morte no período das *Ordenações*, E CORREIA, 1977

²⁰ A lei previa a apelação oficiosa (por parte da justiça) nos casos em que a acusação pública devia ser aceite (casos de «querela», *Ord fil*, V, 122 pr) Os casos de querela (em que o processo era prosseguido por parte de justiça, *ibid*, V, 117, 16) eram todos aqueles a que correspondia a pena de açoites ou superior (v lista *ibid.*, 117, pr) Nestes casos, os juizes eram punidos se não procedessem oficiosamente (*ibid*, V, 122, 10)

²¹ Trata-se da *Lembrança de todos os criminosos*., adiante mais detalhadamente descrita

GRAFICO I
Distribuição dos presos por tipo de crime

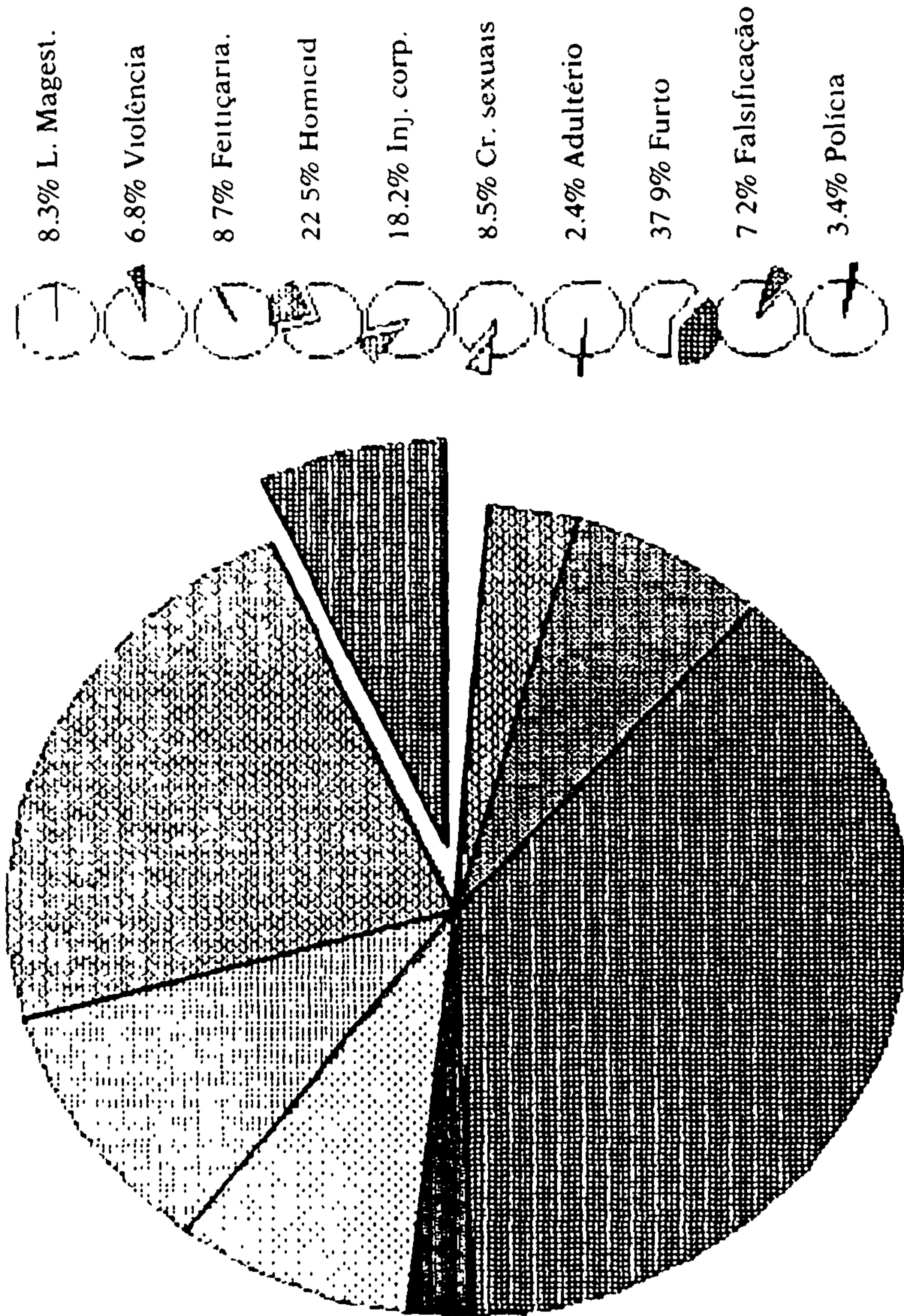


GRAFICO II
Distribuição por condenações

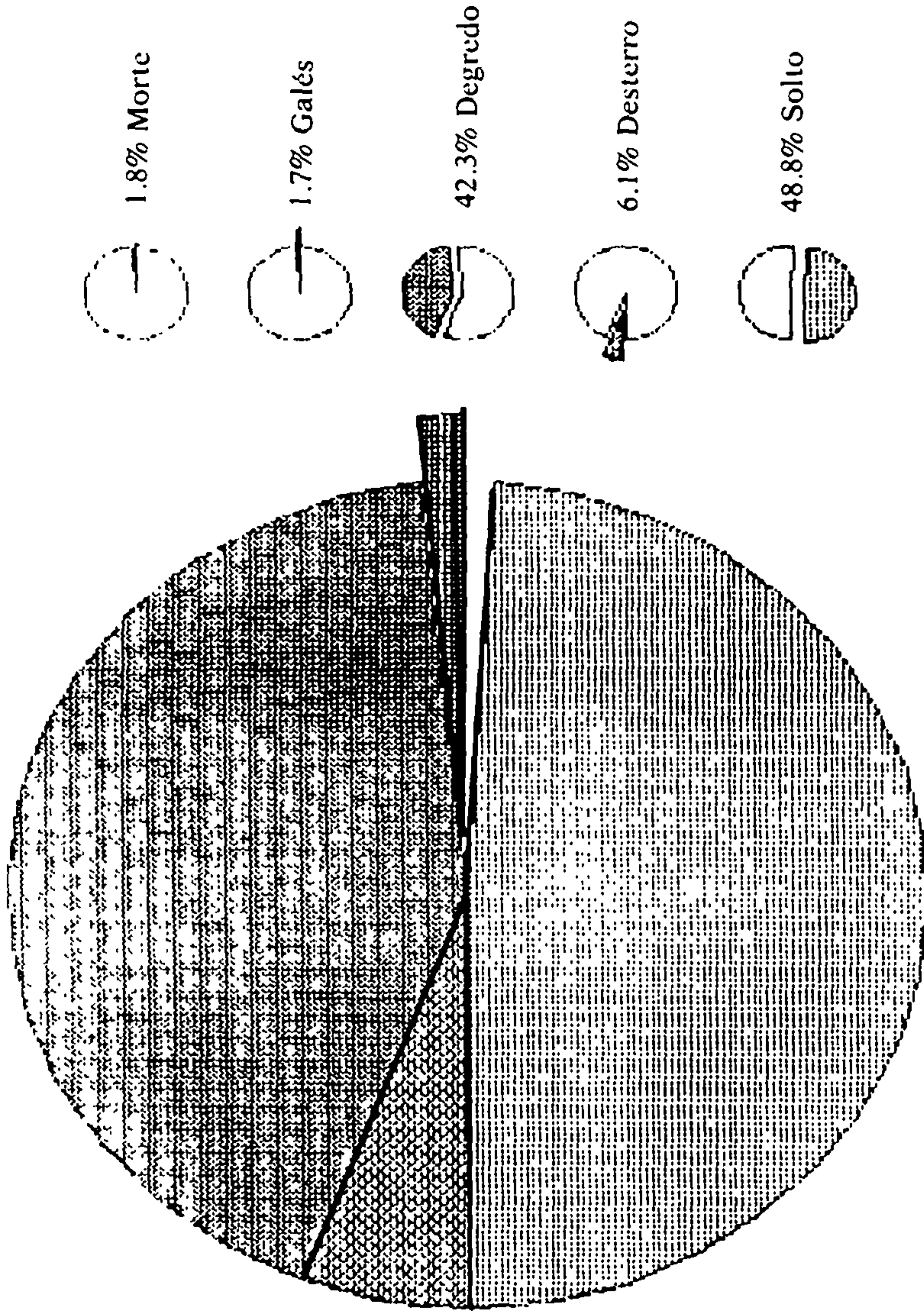
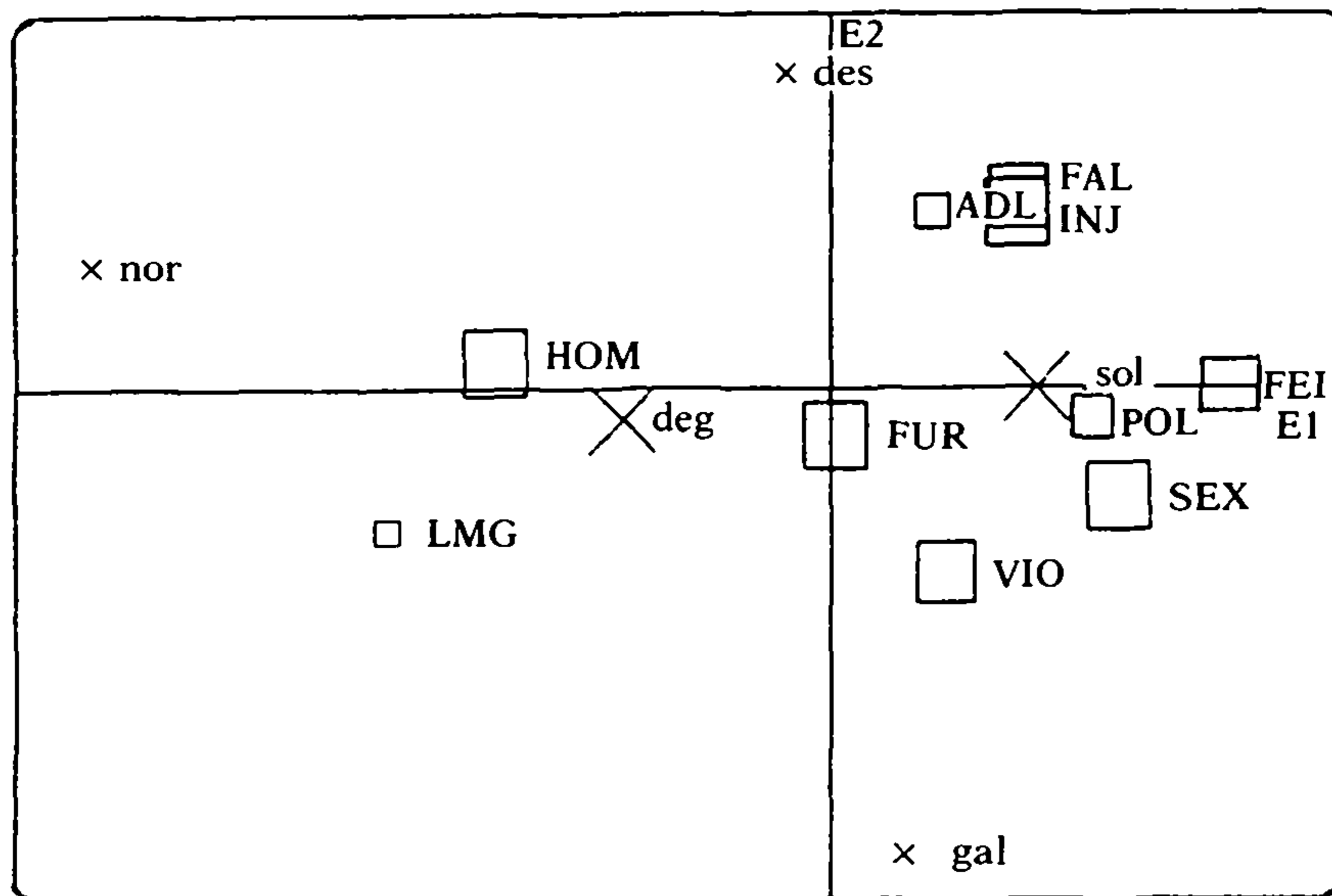


GRAFICO III

Tipos penais e penas aplicadas

**Legenda:**

mor (pena de norte)	HOM (homicídio)
deg (degredo)	LMG (lesa-magestade)
des (desterro)	FUR (furto)
sol (livramento)	ADL (adultério)
gal (galés)	FAL (falso)
	INJ (injúrias)
	VIO (violência)
	SEX (cr. sexuais)
	FEI (feiticeira)

Resultados:

População total	293
Valor máximo da relação	4
Valor real da relação	302
% do eixo 1	72%
% do eixo 2	15%
% dos 2 eixos	87%

paz»). Mas escaparam com outras penas (nomeadamente, de degredo): um «renegado e traidor», um falsificador de moeda, um salteador de estradas, quase todos os homicidas (que eram 66, dos quais 57 condenados), todos os condenados como ladrões (57 condenados, em 112 casos), os adúlteros (3, em 7), os sodomitas (1), os raptos (3, em 4), os violadores (1), os incriminados por masturbação (2, em 6), etc. (v. Quadro I, em anexo).

Trata-se, é certo, de uma fonte situada num momento preciso do tempo, embora com um número significativo de casos. Mas outros testemunhos pontuais apontam no mesmo sentido²².

É ilustrativo tentar completar esta perspectiva reportada a um momento com uma outra, esta diacrónica, relativa à aplicação da pena de morte. Recorremos, para isto, às listagens das condenações à morte, sobretudo àquela que foi feita, no século passado, por Henriques Secco²³, completada pelos poucos casos referidos na literatura especializada e que aí não foram incluídos. Não se trata, naturalmente, de uma lista cuja exaustividade esteja garantida. Mas, para o Sul do país e para o período que medeia entre 1693 e 1754, ela deve conter poucos lapsos, pois se baseia no rol dos condenados constantes dos cadernos dos padres que os acompanhavam ao lugar do suplício, em Lisboa. Sendo certo que, como veremos, os tribunais da corte eram instâncias de recurso obrigatório para todas as justiças do centro-sul do reino, nestes casos.

²² Por exemplo. As *Ord* puniam com morte a bigamia (V, 19), no entanto, uma fonte dos finais do séc XVIII informa que «hoje, entre nós, esta pena raramente se pode praticar, pois os Inquisidores da depravação herética, que conhecem deste crime pelo direito de prevenção [pois se tratava de um delito de misto foro], punem os réus com a pena de açoites, de desterro temporário e, por vezes, com pena de galés» [*Repertorio*, v. «Pena de morte», IV, 27 (a)] A mesma fonte, [(I, 443 (d))] refere que um réu condenado à morte natural na primeira instância por tomar pela força os bens do devedor viu, em embargos, essa pena comutada em morte civil (degredo).

²³ V SECCO, 1880, 227-626, cf também, ANTONIO BRAZ DE OLIVEIRA, 1982, que, em todo o caso, não teve em conta os dados de Henriques Secco, além dos casos aqui listados, considerámos ainda os referidos por PHAEBUS, 1619, Aresto 151, pg. 159; BARBOSA, 1618, ad V, 18, n. 10, pg. 298; F DA C FRANÇA, 1765, ad p I, l V, c. 2, n 474, pg. 384, *Repertorio*, I, 442 (a), e ainda as referidas na *Lembrança de todos os criminosos...*, I, 23 v, I, 29 e I, 36 v

O gráfico III resulta da aplicação da análise factorial de correspondências aos dados anteriores. A intenção foi a de efectuar um agrupamento dos tipos criminais, a partir do tratamento de que eram objecto; e, ao mesmo tempo, agrupar as medidas penais, de acordo com a gama de crimes a que eram aplicadas. No gráfico, os pontos correspondentes às penas estão marcados com uma cruz e os correspondentes aos tipos penais com um quadrado, num caso ou noutro de tamanho proporcional ao peso da respectiva coluna ou linha de matriz.

O gráfico documenta:

a) uma grande proximidade do tratamento penal —tendendo para o degredo ou para o livramento— dos crimes de adultério, falso e injúrias;

b) uma forte tendência para o livramento nos crimes sexuais e de polícia;

c) um tratamento multifacetado do furto (cujo ponto se encontra muito perto da origem);

d) uma tendência forte para tratar o homicídio (e a lesa-majestade) com a pena de degredo;

e) oposição das penas de morte e de degredo, por um lado, e, por outro, do livramento, cada qual no extremo de uma escala penal que, de acordo com o gráfico, se poderia ordenar da seguinte forma: morte, degredo, galés e desterro (que, todavia, se opõem no eixo secundário) e livramento.

O carácter dos dados e a dimensão da amostra não permitem, no entanto, detalhar mais a análise.

ANEXO

QUADRO I

Crimes, condenações e livramentos dos presos da cadeia da Relação de Lisboa (1694 a 1696)

	Morte	Galés	Degredo				Dester	Incorp exerc	Solto	Total
			Tot	Ind	Afr	Bra				
Lesma magestade ¹	—	—	1	—	(1)	—	—	—	—	1
Violência ²	—	2	6	(3)	(1)	(2)	1	1	11	21
Rapto	—	—	(3)	(1)	(1)	(1)	(1)	—	(1)	(5)
Resistência	—	—	(2)	(1)	—	(1)	(1)	—	(6)	(9)
Outros	—	(2)	(1)	(1)	—	—	(1)	1	(4)	(9)
Feticaria ³	—	—	—	—	—	—	—	—	2	2
Homicídio ⁴	3	1	47	(16)	(22)	(9)	6	—	9	66
Injúrias corporais ⁵	—	—	6	(1)	(3)	(2)	(4)	—	20	30
Crimes sexuais	—	1	4	(1)	(2)	(1)	—	—	20	25
Estupro	—	—	(1)	(1)	—	—	—	—	(13)	(14)
Sodomia	—	(1)	—	—	—	—	—	—	—	(1)
Masturbação	—	—	(2)	—	(1)	(1)	—	—	6	(8)
Outros ⁶	—	—	(1)	—	(1)	—	—	—	(1)	(2)
Adultério	—	—	2	(2)	—	—	1	—	4	7
Furto ⁷	—	1	52	(20)	(26)	(6)	3	—	55	111
Falsificações ⁸	—	—	4	—	—	—	3	—	14	21
Fals de docs	—	—	(4)	—	—	—	(2)	—	(8)	(14)
Contrabando	—	—	—	—	—	—	—	—	(2)	(2)
Crimes de ofic	—	—	—	—	—	—	—	—	(3)	(3)
Outros	—	—	—	—	—	—	(1)	—	(1)	(2)
Crimes de policia	—	—	—	—	1	1	—	—	2	10
Armas proibidas	—	—	—	—	(1)	(1)	—	—	(6)	(8)
Outros	—	—	—	—	—	—	—	—	(2)	(2)
Totais	3	5	124	(47)	(56)	(21)	18	1	143	294

Fonte *Lembrança dos criminosos*

¹ «Renegado e traidor»

² Inclui casos de arrombamento de casa, assalto a quintas, desafios, fogo posto, rapto, resistências, banditismo

³ Inclui casos de superstição e de administração de beberagens

⁴ Inclui casos de homicídio duplo ou acumulado com outros crimes, de infanticídio e de conjucídio

⁵ Inclui casos de açoites, ferimentos, tiros, bofetadas, briga, envenenamento, facadas, maus tratos à mulher

⁶ Violação

⁷ Inclui casos de furtos, burlas, carteiristas, recepção de objectos roubados

⁸ Inclui falsificações de chaves, de documentos, de papéis, uso de nome falso, uso de hábitos sem direito a eles, erros de ofício, contrabando de tabaco

O Quadro II e os Gráficos IV a VII sintetizam os resultados do estudo estatístico feito com base nestes casos. Dele decorre, nomeadamente, o seguinte:

QUADRO II

Distribuição das condenações à morte por tipos penais e períodos cronológicos (1601-1800)²⁴

Anos	Ordem política				Religião			Moral
	Total	Tr./Sed.	Falso	Viol.	Total	Geral	Roubo	
1601-1610	0				1	1		
1611-1620	0				0			2
1621-1630	0				3	3		
1631-1640	1		1		1	1		
1641-1650	14	13	1		0			
1651-1660	2	1	1		0			
1661-1670	0				1		1	
1671-1680	8	7		1	1		1	
1681-1690	0				0			
1691-1700	6	1	4	1	1		1	3
1701-1710	7	4		3	2		2	1
1711-1720	4		1	3	0			1
1721-1730	5			5	4	2	2	
1731-1740	9			9	3		3	3
1741-1750	19	5	2	12	13	10	3	1
1751-1760	41	33	7	1	7		7	
1761-1770	48	34	8	6	0			1
1771-1780	2	2			1	1		
1781-1790	15	15			9		9	
1791-1800	9	1		8	0			
1601-1800	190	116	25	49	47	18	41	12

²⁴ Não está, naturalmente, garantido que não existam outras condenações capitais, para além das que aparecem nestas listas. Em todo o caso, a coincidência fundamental de todas elas aponta para uma listagem exhaustiva destes casos que a memória colectiva retinha, até —acrescento em abono das minhas teses— pelo seu carácter inusitado. Note-se que, por disposição expressa das *Ordenações* (v.g., *Ord. fil.*, V, 19 1, V. 25, pr.; V, 35, 1, V. 137, 1) ou pelo funcionamento da apelação de ofício (v., *supra*, n. 19), todas as penas de morte eram aplicadas nos tribunais centrais de justiça (Casa da Suplicação e Casa do Cível).

QUADRO II (cont.)

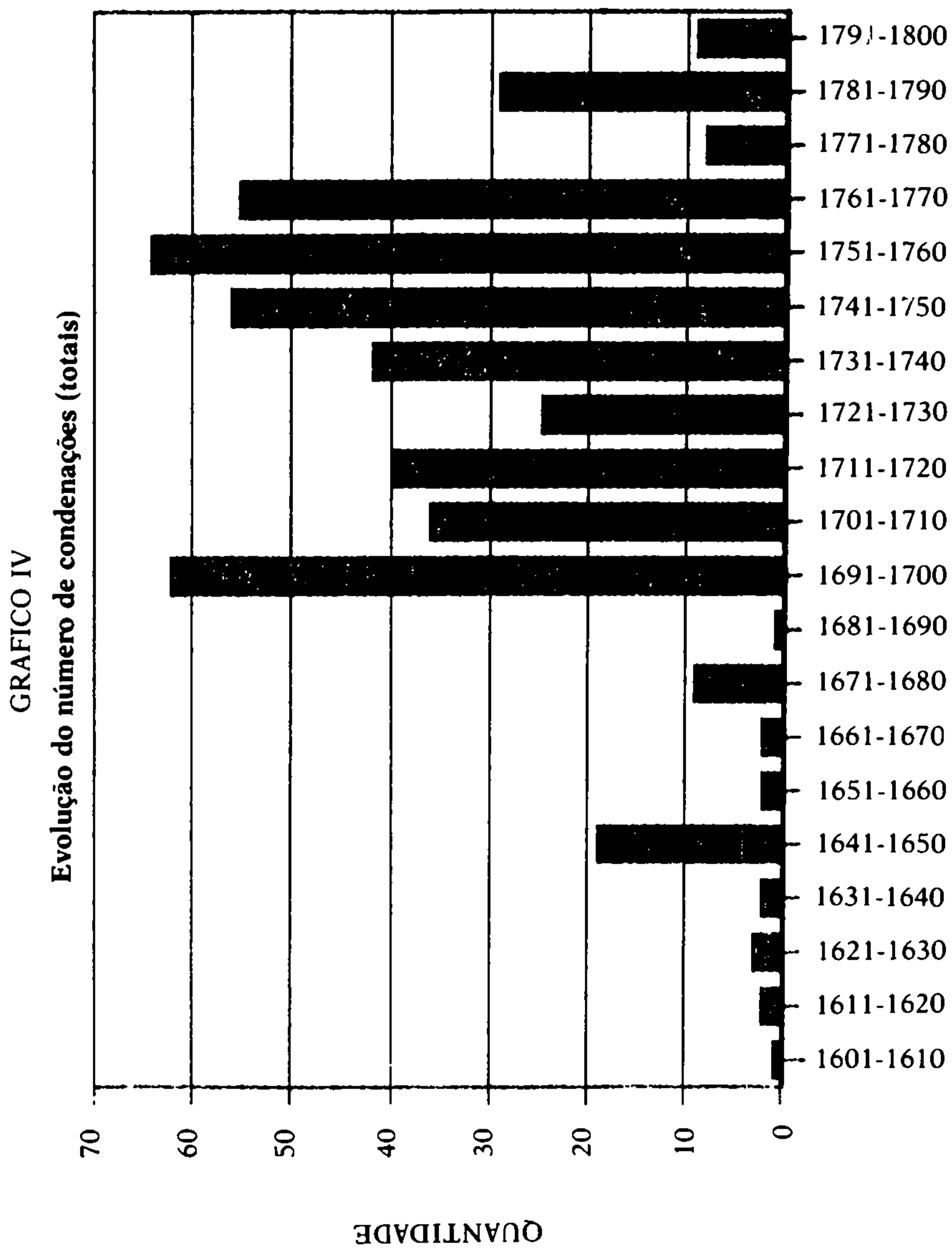
Distribuição das condenações à morte por tipos penais e períodos cronológicos (1601-1800)

Anos	Vida				Honra	Patrimón	Totais
	Total	Hom. sim	Conjug.	Hom agr.			
1603-1610	0						1
1611-1620	0		1				2
1621-1630	0						3
1631-1640	0						2
1641-1650	5			5			19
1651-1660	0						2
1661-1670	1			1			2
1671-1680	0						9
1681-1690	1		2	1			1
1691-1700	45	18	8	27		7	62
1701-1710	24	9	6	15	1	1	36
1711-1720	31	15	3	16		4	40
1721-1730	14	6	1	8		2	25
1731-1740	21	5	6	16		6	42
1741-1750	15	4	3	11	1	7	56
1751-1760	8	3		5		8	64
1761-1770	0					6	55
1771-1780	5	0	1	5			8
1781-1790	5		2	5			29
1791-1800	0						9
1603-1800	175	60	33	115	2	41	467

a) Entre 1601 e 1800, uns anos pelos outros, foram feitas em Portugal (no Sul de Portugal?) cerca de 2 execuções capitais por ano.

b) Se a fonte tivesse sempre a mesma fiabilidade —e pensamos, apesar de tudo, que há que distinguir, a este respeito, o período de 1601 a 1692 do que decorre entre 1693 e 1800— teríamos que opor um século XVII relativamente pouco cruel (c. de uma condenação capital por ano) de um século XVIII que aplicou, quase até ao seu termo (a fase «humanitarista»), com relativa frequência (c. de quatro vezes por ano) a pena última.

c) Não insistindo demasiado neste aspecto, notemos a distri-



buição tipológica das condenações (Gráfico V): cerca de 50 % das execuções respondem a uma política de salvaguarda de bens «públicos» (crimes políticos, crimes religiosos, crimes morais)²⁵. A restante metade corresponde à salvaguarda de bens «privados» —a vida, a honra e o património. Mas o que é ainda mais esclarecedor é verificar a evolução deste equilíbrio ao longo dos anos (Gráfico VI). Os dados disponíveis, sobretudo para os anos de que temos mais informação, apontam ineludivelmente para um decréscimo progressivo da punição capital das ofensas aos valores «particulares» a longo de toda a primeira metade do séc. XVIII e para um correspondente acréscimo da punição capital dos atentados aos valores «públicos», nomeadamente políticos —salvaguarda da ordem política e da ordem pública—, decréscimo que caracteristicamente se acentua como o advento do governo despótico-iluminista do Marquês de Pombal.

d) O Gráfico VII —que representa a projecção das várias décadas e dos grandes tipos de crime num espaço cartesiano, de acordo com a técnica estatística de análise multifactorial (análise das correspondências)— oferece, a este propósito, resultados muito impressionantes. O espaço aparece organizado de acordo com dois eixos de polarização. No primeiro eixo —aquele que explica numa percentagem mais elevada (51 %) a distribuição dos pontos— pode-se dizer que se opõe a criminalidade política (Pol), situada à esquerda, da criminalidade contra os valores particulares (vida [Vid], património [Pat] e honra [Hon]), cujos pontos —representados por cruces— se situam, próximos uns dos outros, à direita. No segundo eixo, de muito menor poder explicativo (23 %), opõe-se a punição dos crimes religiosos e a dos crimes morais. É neste jogo de tensões que se distribuem os pontos (representados por quadrados) correspondentes às décadas (a legenda refere-se ao primeiro ano de cada década). A situação de cada uma delas no gráfico caracteriza, assim, por um lado, o parentesco/oposição entre elas e, por outro, a proximidade em relação critérios axiológicos estruturantes do campo. Assim, todas as décadas de 1631 a 1660 (1661 a 1670 tem um comportamento atípi-

²⁵ O critério de agrupamento dos crimes, aqui adoptado, parece-me justificado, em função do que se dirá na V parte.

GRAFICO V
Composição total (por tipos de crimes)

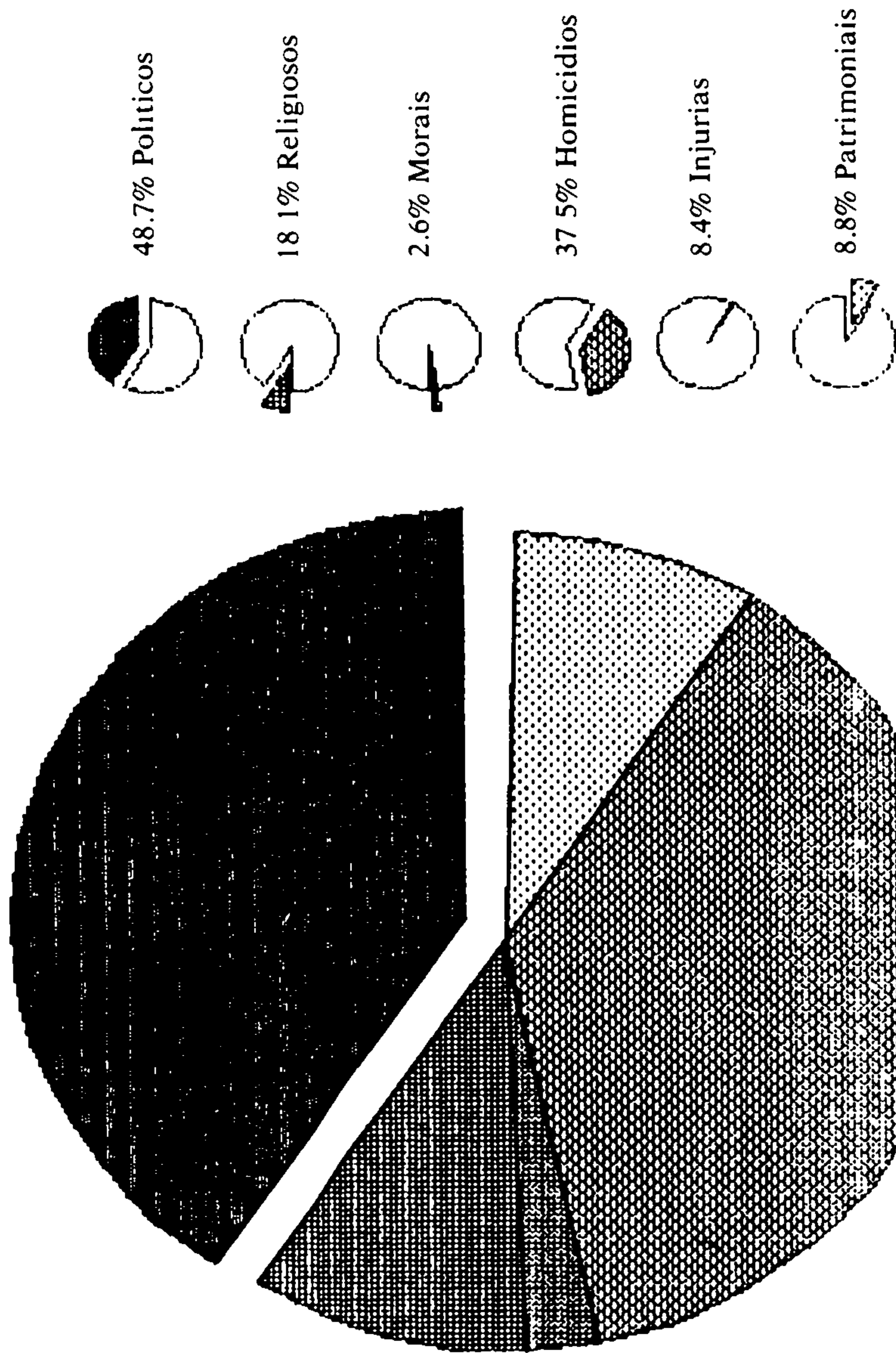


GRAFICO VI

Evolução por tipo de crime (parcial)

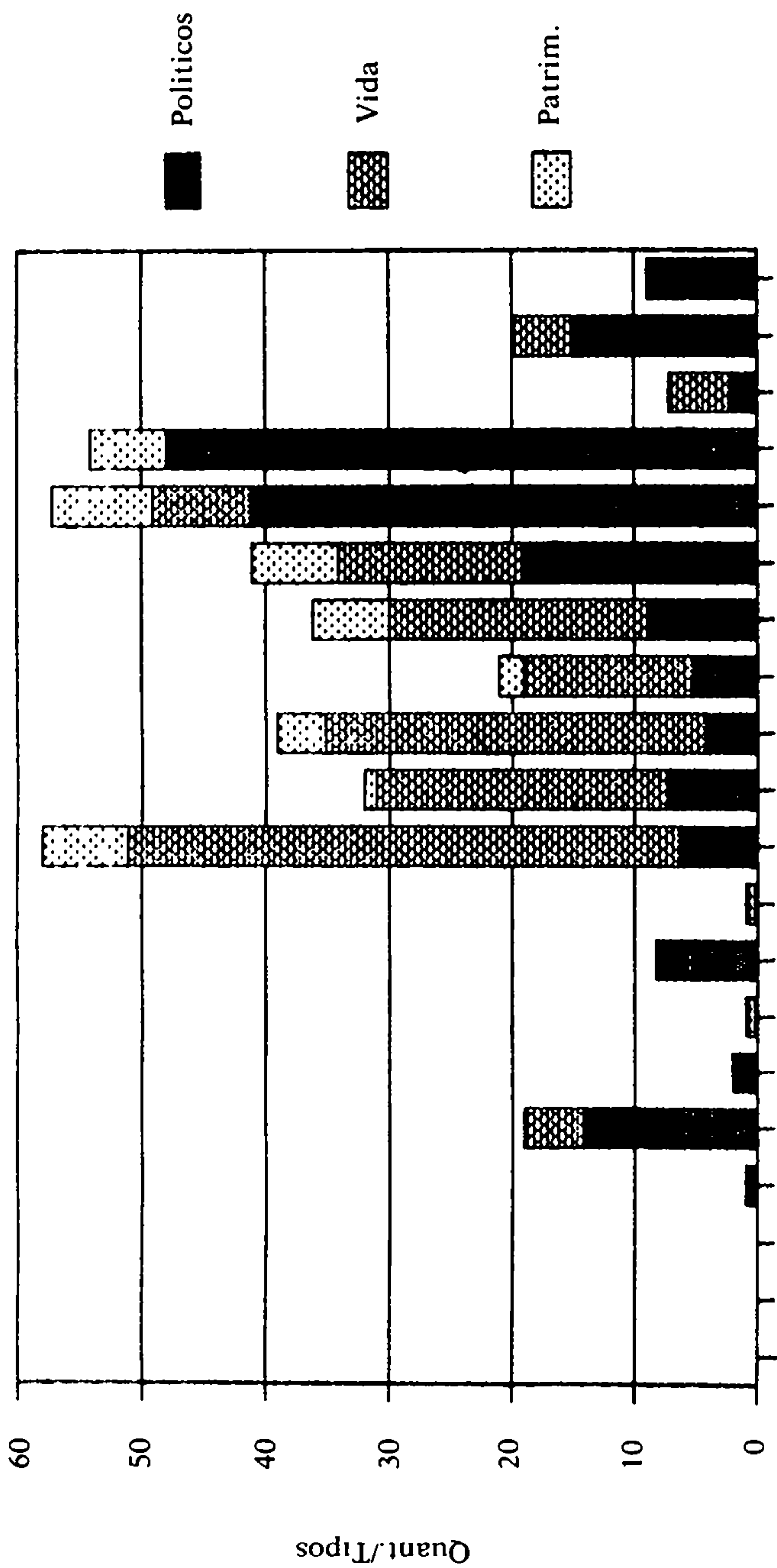
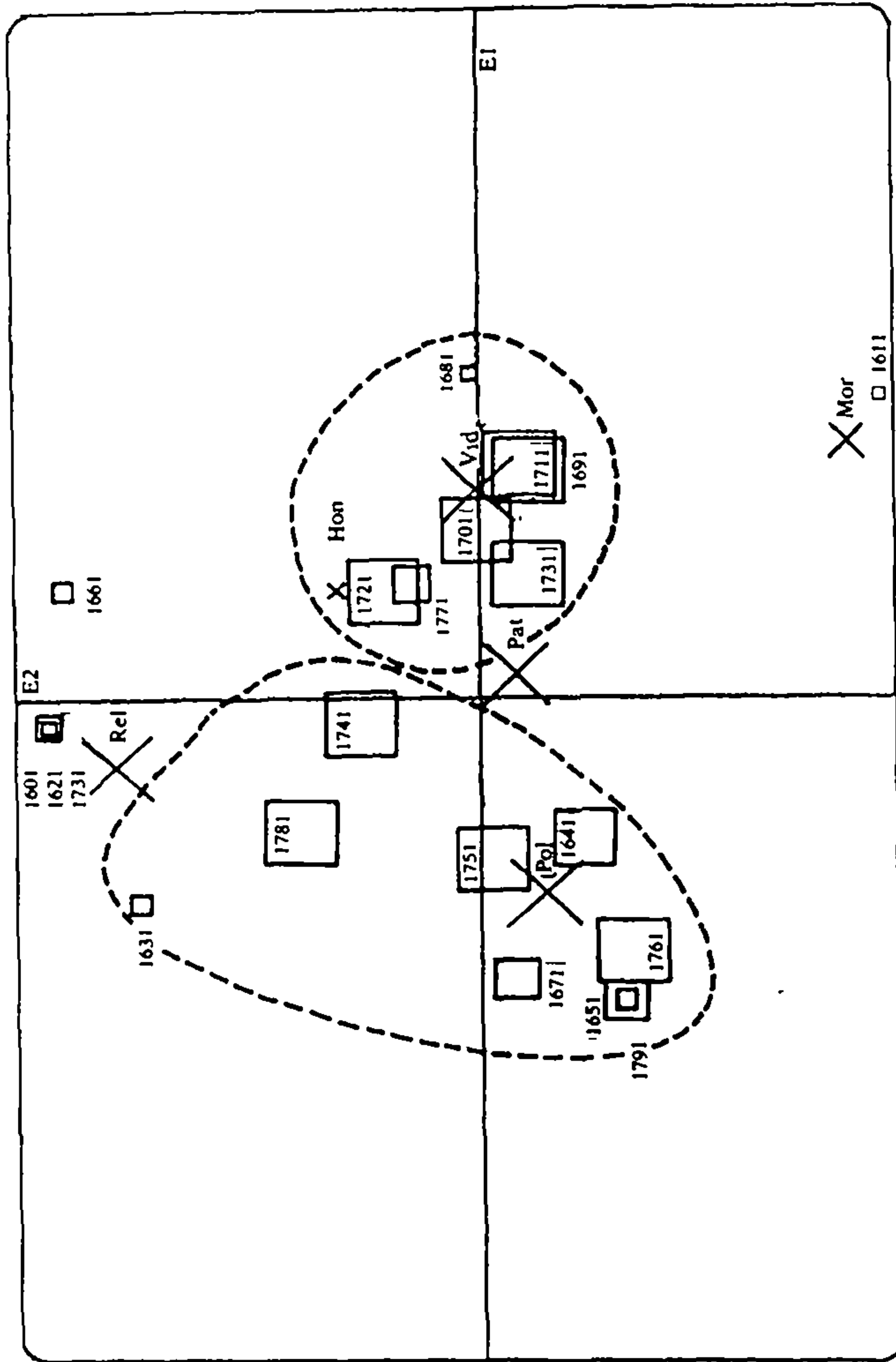


GRAFICO VII



População total	467	% da relação devida	23.9
Valor máximo da relação	5	ao eixo 2	
Valor real da relação	8191	% da relação devida	74.3
% da relação devida	50.4	aos dois eixos	

co), bem como as de 1741 a 1800 aparecem com uma matriz idêntica de aplicação da pena capital, organizada em torno da punição de valores políticos; afinal, diríamos nós, é época dos solavancos políticos da Restauração e da política de disciplina social do Iluminismo, que teve que reprimir não apenas os atentados contra o sumo poder, mas ainda sedições, tumultos e bandoleirismo, todos perturbadores da ordem pública. Em contrapartida, de 1681 a 1700, a punição organiza-se em torno dos valores «privados»: é o período de acalmia que decorre entre o fim da Guerra da Restauração e da consolidação da dinastia brigantina até à renovação das relações Estado/sociedade do período Iluminista.

Como conclusão final, creio que é legítimo afirmar que, pelo menos comparativamente com as previsões legais, a pena de morte é muito pouco aplicada durante o Antigo Regime. E, de facto, um autor que escrevia já nos inícios do século XIX referia que em Portugal se passava «ano e mais» sem se executar a pena de morte (Melo, 1816, 50).

Esta não correspondência entre o que estava estabelecido na lei e os estilos dos tribunais não deixou de ser notado pelos juristas. Conhecem-se tentativas de, por via da interpretação doutrinária, pôr o direito de acordo com os factos. Uma delas foi através da interpretação da expressão «morra por ello», utilizada nas Ordenações.

Jogando sobre o facto de que, para a teoria do direito comum, a morte podia ser «natural» e «civil» e que esta correspondia ao degredo por mais de 10 anos²⁶, já Manuel Barbosa entendia que tal expressão correspondia a exílio (perpétuo)²⁷. A mesma era, expressa em termos gerais, a opinião de Domingos Antunes Portugal —«regularmente, onde quer que a lei fale de pena capital, não se entende morte natural mas degredo»²⁸. Ainda no século XVIII, esta opinião fazia curso, agora fundada numa opinião do desembargador Manuel Lopes de Oliveira, que distinguia entre os casos em que a lei utilizava a expressão «morra por ello» ou pena de morte, sem outro qualificativo —que corresponderiam à pena de

²⁶ PHAEBUS, 1619, d. 156, ns 5-10

²⁷ BARBOSA, 1618, ad Ord V, 18, 3, n. 10 [pg 298].

²⁸ D. A. PORTUGAL, 1673, 1. 2, C 25, N. 53/5.

morte civil— e «morte natural» —que corresponderiam à morte física. Com base nisto, este autor apelidava os juízes que aplicavam indistintamente a pena de morte natural como «práticos ignorantes» (*imperiti Pragmatici*) e «carniceiros monstruosos» (*immanissimi carnifices*). Os argumentos do desembargador eram débeis e a sua opinião, apesar de ter reunido alguns sufrágios (nomeadamente de Paulo Rebelo, num *Tractatus iure naturali* manuscrito) e de ser cotada de «a mais pia», não chegou a triunfar²⁹. Mas não deixa de ser curioso que, na polémica gerada por esta opinião, ninguém acusou o desembargador de laxismo ou a sua opinião de perigosa para a ordem social. Na verdade, o que ele tentava fazer era justificar com argumentos legais uma prática geral, por outros menos provocatoriamente fundada no poder arbitrário do juiz de adequar a pena às circunstâncias do delito e do delinquente. Esta diversidade de justificação não era, em si mesma, dispicienda. Pois, como diremos, o segredo da específica eficácia do sistema penal do Antigo Regime estava justamente nesta «inconseqüência» de *ameaçar sem cumprir*. De se fazer *temer*, ameaçando; de se fazer *amar*, não cumprindo. Ora, para que este duplo efeito se produza, é preciso que a ameaça se mantenha e que a sua não concretização resulte da apreciação concreta e particular de cada caso, da benevolência e compaixão suscitadas ao aplicar a norma geral a uma pessoa em particular. Por isso, qualquer solução que abolisse *em geral* a pena de morte —v.g., por meio de uma interpretação genérica dos termos da lei— comprometia esta estratégia dual de intervenção do direito penal da coroa³⁰. Juízes havia, no entanto, que se gabavam de, em toda a vida, nunca terem condenado ninguém à morte, antes terem dela livrado muitos réus (Secco, 1880, 672).

O que se passava com a pena de morte, parece ter-se passado

²⁹ Sobre esta discussão, com exposição e crítica dos diferentes argumentos, v. *Repertório* , maxime IV, 40 (a) e I, 434 (b).

³⁰ Notem-se as palavras finais do excurso do *Repertorio* . , que vimos citando «Sed quamvis isti sit verissimus sensus Legis circa verba morra por ello, attamen a clementissimis Iudicibus exoro, ut semper præ oculis habeant, quod aliquæ sunt Leges, quæ magis ad terrorem videntur conditæ, quam ut eorum rigor ad ungem observetur [] et perpensis circumstantiis per benignior sensu, quantum Leges suffere possint, eas interpretare intendant» (pg. 44 (a) [da pg 40] *in fine*)

—em grau porventura diferente— com algumas outras penas corporais, de que as fontes que utilizámos também oferecem poucos testemunhos de aplicação. Tais são os casos dos açoites e da marca que, no mesmo rol dos detidos da cadeia de Lisboa, não são mais aplicados do que a morte. A marca é utilizada em dois casos, um de roubo e outro de furto, cumprindo a conhecida função de «registo criminal» *in corpore*, em crimes em que era relevante, para efeito de punição, saber se o criminoso era primário, reincidente ou treincidente³¹. Os açoites, por sua vez, aparecem em três casos, um de entrada violenta em casa de mulher branca e dois de furto. O cortamento de membro nunca aparece³². Embora a eficácia probatória das fontes não seja de exagerar, os resultados da sondagem devem fazer problematizar muitas ideias recebidas sobre a frequência da aplicação destas penas corporais.

Como panorama global do modo como eram usados, na prática punitiva da justiça real dos finais do séc. XVII, as várias penas, elaborámos o Quadro I, baseado nos dados colhidos do já citado manuscrito *Lembrança de todos os criminosos...*, onde se faz uma lista dos 454 presos da cadeia da cidade, presentes ao Regedor da Justiça, aquando das visitas que regimentalmente devia fazer à cadeia da corte³³. A lista terá sido feita em 1694, conforme

³¹ No furto, a treincidência era especialmente punida, sendo o furto triplo equivalente ao *furto magnum*; daí que se estabelecesse a marcação dos ladrões, no primeiro furto com um L ou um P, consoante a condenação fosse feita no distrito da Casa da Suplicação ou no da Casa do Cível; no segundo furto com uma forca (v. a Lei da Reformação da Justiça de 6-12-1612, § 20) No entanto, a marca já não se utilizava nos finais do séc. XVIII (v. JOAQUIM J. C. PEREIRA E SOUSA, 1803, I, § 22, nota 35)

³² «Há muito que estão entre nós em desuso», J J C PEREIRA E SOUSA, 1803, I, § 22, n 35

³³ Cf. *Ord. fil.*, I, 1, 30 (visitas mensais, na última sexta-feira ou sábado), o Regimento da Casa da Suplicação, de 7-6-1605, § 11 (visitas no primeiro dia de cada mês, o promotor da justiça tome um rol dos presos, informando do estado de cada um, e o mostre ao Regedor para que este decida sobre o seu livramento), a Ref da justiça, de 6-12-1612, § 9 (que, contra o que abusivamente estava em prática, não se despachassem senão os casos leves, pois as visitas apenas se destinavam a despejar as cadeias e a aliviar o trabalho dos requerentes [de livramentos] da Misericórdia) (J.J.A.S., 1603-1612), 130) e, sobretudo, o Alv. de 31-3-1642 §§ 5-10 (importante, não só para se conhecer o regimento das visitas, mas ainda os pontos

se lê no rosto dos dois tomos; mas tem acrescentos, de outra mão, reportados a datas posteriores, até 1696. Em relação a cada réu, regista-se, em geral, o nome, o crime de que vinha acusado, o lugar do crime, o tempo há que estava preso, o estado da causa, o seu destino final e o nome do escrivão do processo. Há casos em que falta algum destes dados. Com indicação, tanto do crime de que vinha acusado, como da decisão final, existem 294 casos.

Com base nesta amostra não se pode, evidentemente, fazer qualquer estudo estatístico sobre a criminalidade da época, não tanto pela exiguidade do número de casos, como sobretudo pelo carácter não representativo da amostra, em relação ao universo da criminalidade. Mas pode ter-se uma ideia do modelo de punição adoptado no tribunal da corte.

Os traços deste modelo são os seguintes (v. os Gráficos I a III, *supra*).

Em primeiro lugar. Praticamente, os detidos ou eram soltos (48 %) ou enviados para o degredo, no ultramar (42 %) ou no reino e Norte de Africa (6 %). As razões do livramento —por absolvição, por perdão ou por fiança— não se conhecem. Algumas vezes, parece que seria por falta de culpas, mas em muitos casos as expressões usadas para descrever o estado da causa deixam supor que se tratava antes de livramento ou por fiança ou por perdão. Nestes últimos casos, não deixaria de ter sido tido em conta o facto de os arguidos já haverem sofrido um —por vezes longo, mas sempre duro (há 14 casos de morte na cadeia)— período de prisão.

Em segundo lugar, no que respeita às penas. A pena de morte foi rarissimamente aplicada (3 casos de homicídio, correspondendo a 1 % do total e a 2 % das condenações). Embora a lista abunde (38 %) em crimes a que corresponderia forçosamente a pena capital (lesa magestade, violência, feitiçaria, homicídio, moeda falsa, estupro e violação); contendo ainda muitos casos de furto (38 %, alguns deles de objectos descritos como valiosos), a que também podia competir pena de morte. Os açoites são aplicados

de vista dominantes na corte sobre o grau de eficácia da justiça real) (C L.E., I, 422 ss). V ainda, M A. PEGAS, 1669, I, ad *Ord. fil.*, I, 1, 30; J. M. DA COSTA, 1622, ad 2, n. 42, M M DE CASTRO, 1619, I. V, c 1, n 31; MELO, 1789a, XII, § 11

em três casos (arrombamento, dois furtos); sempre combinados como o degredo ou galés. A condenação às galés aparece em cinco casos (dois arrombamentos, um furto, um homicídio e um caso de sodomia). A incorporação no exército, num caso (assalto a quintas).

Finalmente, pelo respeito à utilização da prisão preventiva como meio punitivo arbitrário. Encontram-se não poucos casos de indivíduos detidos à ordem de qualquer entidade (rei, um desembargador, o regedor, outros juizes), sem qualquer acusação precisa («não se sabe porquê») ou por actos que, normalmente, não dariam lugar a punição, como adultério ou maus tratos à mulher. Teriam sido apanhados nas devassas de estilo sobre os «pecados públicos»; em geral, acabaram por ser libertados; mas, entretanto, a prisão funcionou como pena.

Parece, em vista disto, que o leque das penas praticadas no plano do sistema punitivo régio ficava afinal muito reduzido e, sobretudo, carecido de medidas intermédias. No topo da escala, teoricamente, a pena de morte; mas, sobretudo, o degredo, com todas as dificuldades de aplicação —e consequente falta de credibilidade— a que nos referimos. Na base, as penas de açoites —inaplicáveis a nobres e, em geral, aparentemente pouco usadas, pelo menos a partir dos fins do séc. XVII— e as penas pecuniárias.

Assim, e ao contrário do que muitas vezes se pensa, a punição no sistema penal efectivamente praticado pela justiça real no Antigo Regime —pelo menos até ao advento do despotismo iluminado— não era nem muito efectiva, nem sequer muito aparente ou teatral. Os malefícios, ou se pagavam com dinheiro, ou com um degredo de duvidosa efectividade e, muitas vezes, não excessivamente prejudicial para o condenado. Ou, eventualmente, com um longo e duro encarceramento «preventivo».

Ou seja, mais do que em fonte de uma justiça efectiva e quotidiana, o rei constituiu-se em dispensador de uma justiça apenas —e, acrescente-se, cada vez mais— virtual. Independentemente dos mecanismos de graça e da atenuação casuística das penas, que estudaremos a seguir, o rigor das leis —visível na legislação quatrocentista e quinhentista (a legislação manuelina tende a agravar o rigor e crueldade da punição)— fora sendo temperado com estilos de punir cada vez mais brandos.

Passemos, agora ao polo oposto da punição: o perdão na prá-

tica penal da monarquia corporativa³⁴. Tem sido mesmo destacado que o exercício continuado do perdão destruiu o seu carácter imprevisto e gracioso e o transformara, pelo menos para certos crimes, num *estilo* e, com isto, num expediente de rotina.

No plano doutrinal, este regime complacente do perdão radica, por um lado, no papel que a doutrina do governo atribuía à clemência e, por outro, no que a doutrina da justiça atribuía à equidade. Quanto à clemência como qualidade essencial do rei, ela estava relacionada com um dos tópicos mais comuns da legitimação do poder real —aquele que representava o príncipe como pastor pai dos súbditos, que mais se devia fazer amar do que temer³⁵. Embora constituísse, também, um tópico corrente que a clemência nunca poderia atingir a *licença*, deixando impunidos os crimes (justamente porque um dos deveres do pastor é, também, perseguir os lobos)³⁶, estabelecia-se como regra de ouro que, ainda mais frequentemente do que punir, devia o rei ignorar e perdoar («Principem non decere punire semper, nec semper ignorare, punire tamen saepe, ac saepius ignorare officium regum esse; miscere clementiam, & severitatem pulchrius esse»)³⁷, não seguindo pontualmente o rigor do direito («Ex praedictis inferitur non esse sequendum regulariter, quod praecipuit jus strictum... summum ius, summam crucem [vel] injuriam»)³⁸. Este último texto aponta já para um outro fundamento teórico da moderação da punição —ou seja, o contraste entre o rigor do direito

³⁴ V. DUARTE, 1986.

³⁵ Cf sobre o tema, largamente, FRAGOSO, 1641, I, l 1, disp 1, § 3, pg 1, 2; («principem pastoris nomine, imperioque adornat, & sic nomen imperii superbum pastoris nomine dulcescit. quasi dicat imperare populo, ac pascere populo idem esse. ex quo manifestum est clementiam, mansuetudinem, & misericordiam maxime competere in principibus, atque illorum vices tenentibus», n 37 [pg. 22], com fonte na Sagrada Escritura, e em S Ambrósio, n 38, fontes clássicas Seneca, *De clementia*: «Nullum magis decet clementiam, quam principem») Sobre se o príncipe se deve antes fazer amar do que temer, v, *ibid*, n 44 «Magis decere principem amari, quam metui».

³⁶ *Ibid*, n 42-43, 52 *in fine*, 53 e 60-62. Na literatura clássica, estabeleceu-se uma larga polémica com os estóicos, para quem a *clementia* em relação aos criminosos equivalia à *licença* (*venia*). Mais tarde, penalistas iluministas reagirão, de novo, contra o perdão, com idêntico fundamento

³⁷ *Ibid.*, n. 52.

³⁸ *Ibid.*, n. 57.

e a equidade de cada caso. Fundamento que, valendo para todos os juízes— pelo que reservamos uma referência mais alargada para o momento em que tratarmos dos fundamentos teóricos do poder arbitrário dos juristas—, valia ainda mais para o juiz supremo que era o rei.

Tal quadro doutrinal e ideológico tinha reflexos directos no plano institucional. Um dos tratamentos mais completos do regime do perdão na doutrina portuguesa é o de Domingos Antunes Portugal³⁹, onde se discutem os requisitos a que devia obedecer a sua concessão. Em primeiro lugar, é destacado o seu carácter de *regalia* (mesmo de *regalia maiora* ou *qui ossibus principis adhærent*⁴⁰); em segundo lugar, a necessidade de uma justa causa para a sua concessão, embora logo se adiante que «justa, & magna causa est principis voluntas» (n.º 11); em terceiro, a precedência de perdão de parte (*Ord. fil.*, I, 3, 9; III, 29), embora se exceptuassem os casos em que o perdão fosse concedido *pro bono pacis* (n.º 30) ou em que o príncipe exercitasse, com justa causa, a sua *potestas absoluta* (n.º 40 ss., *maxime* n.º 47)^{41, 42}.

A doutrina, porém, atestava uma prática do perdão mais per-

³⁹ D A PORTUGAL, 1673, pg. II, c 18, pg I, 264 ss.

⁴⁰ Logo, insusceptível de doação (n 1-5), o príncipe podia, no entanto, cometer a certos magistrados a instrução dos processos de perdão (v. *Ord fil*, I, 3, *Reg. Des Paço*, § 18)

⁴¹ Refere ainda que, em Portugal, o rei não costuma perdoar os crimes mais atrozes, mesmo com o perdão de parte (n 48), que os crimes de reincidentes não devem ser perdoados, que o rei pode perdoar contra o pagamento de certa quantia (*Reg Des Paço*, §§ 21 e 23, n 124).

⁴² O regime de concessão de perdões fora modificado pelo Regimento do Desembargo do Paço de 27-7-1582, num sentido mais rigorista; os desembargadores são proibidos de aceitar pedidos de perdão dos crimes mais graves —em geral, aqueles a que correspondiam penas de açoites ou daí para cima (*Ord. Fil, Reg. Des Paço*, §§ 19/20, cf regime anterior em *Ord Fil*, I, 3, 8 ss); para os crimes mais leves (em relação aos anteriores), exige-se o perdão de parte, quando a houver (*ibid*, 21), o perdão deve, em princípio, traduzir-se numa comutação de pena (*ibid.*, 21)— a comutação era feita, em geral, numa pena pecuniária, para isso corria um expediente especial (livramento), no caso de réus pobres, as misericórdias podiam assumir o pagamento, quer da multa, quer da fiança («livrar-se pela Misericórdia»), a concessão deve ser sempre do rei, cabendo aos desembargadores apenas o parecer (*ibid.*, 22) Sobre o regime do perdão (*remissio, indulgentia*) v. PEGAS, 1669, ad I, 3, 8 ss (vol II) e ad *Reg. Sen Pal.* cap 19/21 (vol 7) e CABEDO, 1601, I, d 75

missiva do que o faziam supor as determinações legais e, mesmo, doutrinárias. Manuel Barbosa informa que era estilo comutar as penas mesmo sem o perdão da parte, decorrido um terço do seu cumprimento⁴³. E que, embora Jorge de Cabedo aconselhe em contrário, se perdoavam mesmo os crimes mais graves, recordando casos ocorridos na sua terra de perdão de penas capitais, sem perdão de parte: «eu próprio vi, no entanto, perdoar a pena capital a um nobre de Guimarães, sem perdão de parte, e ouvi dizer que o mesmo acontecera a um certo homem de Monção, mas para isto deve ocorrer grave causa, pois o príncipe não pode facilmente perdoar contra o direito da parte lesada»⁴⁴.

O perdão e comutação da pena combinavam-se, de resto, com uma outra medida de alcance prático semelhante —a concessão de alvarás de fiança (*liberatio sub fideiussoribus*), que permitiam aos réus aguardar em liberdade o julgamento ou o «livramento» por perdão ou comutação⁴⁵. Também aqui, o regimento do desembargo do Paço procura estabelecer um maior rigor (cf., *ibid.*, 24) para evitar que tais alvarás «dêem ocasião aos delinquentes cometerem os delictos tão facilmente com speranza de haverem os ditos Alvarás para se livrarem soltos». Mas, na prática, o regime parece ter continuado a ser bastante permissivo. No rol de réus presos à ordem da Casa da Suplicação, a que já nos temos referido, quase metade (mais exactamente, 48 %) daqueles de que se sabe o destino saem soltos, por perdão, fiança ou, eventualmente, por falta de culpas; e, em relação a muitos outros, «corria livramento» por meios ordinários.

Além das cartas de perdão e dos alvarás de fiança, existiam ainda as *cartas de seguro* (*securitatis ou assecurationis litterae*), passadas pelos corregedores e outros juizes, que garantiam o acusado contra a prisão antes da conclusão da causa⁴⁶. Do relevo prá-

⁴³ BARBOSA, 1618, ad I, 3, 9, n. 2 [pg. 8]. No mesmo sentido, CASTRO, 1619, p. II 1 1, c. 2, n. 19 ss. [pg. 13/14] justificando a praxe «ob delinquentis merito, & beneficio in rem publicam» e invocando o direito comum, D., 49, 16, 5, 8

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Sobre os alvarás de fiança, v., por todos, CASTRO, 1619, p. I (e também II), 1.5, c. 1, app. III [pg. 173], para além dos comentários de MANUEL BARBOSA e de M. A. PEGAS ao parágrafo do regimento (com ulteriores indicações bibliográficas)

⁴⁶ *Ord. fil.*, V, 124 e 129; Alv. 21-1-1564 [DNL LE, 3, 3, 3], Alv. 6-12-1612, §§ 3 e 4, em *Ord. fil.*, V, 128, um outro tipo de garantia, ainda mais genérica —a segu-

tico deste instituto na instauração da permissividade criminal diz-nos o testemunho de Manuel Mendes de Castro: «Digo-te que em nenhuma outra parte estão em uso senão neste reino, embora este costume português pareça um tanto alucinado... Se o meu juízo vale algo, penso que seria melhor aboli-las completamente, se fossem tomadas outras medidas de que adiante falarei [refere-se ao alargamento da competência para passar alvarás de fiança, baseado no direito comum e no facto de os processos, em Portugal, se prolongarem muito por malícia das partes; cf. *ibid.*, app. III]»⁴⁷.

Esta situação de permissibilidade era incentivada pelo poder. Um influente valido de D. João V recomendava rispidamente ao desembargador Inácio da Costa Quintela: «Sua Mageastade manda advertir V.M., que as leis são feitas com muito vagar e socego, e nunca devem ser executadas com aceleração: e que nos casos crimes sempre ameaçam mais do que na realidade mandam [...] porque o legislador he mais empenhado na conservação dos Vassallos do que no castigo da Justiça, e não quer que os ministros procurem achar nas leis mais rigor que ellas impõem» (Melo, 1816, 9).

Concluindo. Pelos expedientes *de graça* realizava-se o outro aspecto de inculcação ideológica da ordem real. Se, ao ameaçar punir (mas punindo, efectivamente, muito pouco), o rei se afirmava como *justiceiro*, dando realização a um tópico ideológico essencial no sistema medieval e moderno de legitimação do poder, ao perdoar, ele cumpria um outro traço da sua imagem —deste vez como *pastor* e como *pai*—, essencial também à legitimação. A mesma mão que ameaçava com castigos impiedosos, prodigalizava, chegado o momento, as medidas de graça. Por esta dialéctica do terror e da clemência, o rei constituía-se, ao mesmo tempo, em senhor da Justiça e mediador da Graça. Se investia no *temor*, não investia menos no *amor*. Tal como Deus, ele desdobrava-se na figura do Pai justiceiro e do Filho doce e amável.

Assim, o perdão e as outras medidas de graça, longe de con-

rança real Sobre as cartas de seguro, seu regime e espécies, além das fontes legais, v., por todos, CASTRO, 1619, P I, L 5, c 1, app II, n 19 ss [pg. 172] e P II, L 5, c. 1, app II [pg. 255]; LEITÃO, 1645, e MELO, 1789b, c 16, §§ 1 ss, este favorável à sua manutenção e alargamento (§§ 2 e 9).

⁴⁷ *Ibid*, pg. 172/3

trariarem os esforços de construção *positiva* (pela ameaça) da ordem penal régia, corroboram esses esforços, num plano complementar, pois esta ordem é o instrumento e a ocasião pelos quais se afirma ideológica e simbolicamente, em dois dos seus traços decisivos —*summum ius, summa clementia*—, o poder real.

Da parte dos súbditos, este modelo de legitimação do poder cria um certo *habitus* de obediência, tecido, ao mesmo tempo, com os laços do temor e do amor. Teme-se a *ira regis*; mas, até à consumação do castigo, não se desespera da *misericordia*. Antes e depois da prática do crime, nunca se quebram os laços (de um tipo ou de outro) com o poder. Até ao fim, ele nunca deixa de estar no horizonte de quem prevarica; que, se antes não se deixou impressionar pelas suas ameaças, se lhe submete, agora, na esperança do perdão. Trata-se, afinal, de um modelo de exercício do poder coercitivo que evita, até à consumação final da punição, a «desesperança» dos súbditos em relação ao poder; e que, por isso mesmo, tem uma capacidade quase ilimitada de prolongar (ou reiterar) a obediência e o consenso, fazendo economia dos meios violentos de realizar uma disciplina não consentida.

Em comunidades em que nos meios *duros* de exercício do poder eram escassos, modelos que garantissem ao máximo as condições de um exercício consentido do poder eram fortemente funcionais.

Tudo combinado —no plano da estratégia punitiva, do funcionamento do perdão ou do livramento e da escala de penas efetivamente aplicável e aplicada—, o resultado era o de um sistema real/oficial de punição pouco orientado para a aplicação de castigos e, finalmente, pouco crível neste plano. O controle dos comportamentos e a correspondente manutenção da ordem social só se verificava porque, na verdade, ela repusava sobre mecanismos de constrangimento situados num plano diferente do da ordem penal real.

A disciplina social baseava-se, de facto, mais em mecanismos quotidianos e periféricos de controle, ao nível das ordens políticas infra-estaduais —a família, a Igreja, a pequena comunidade⁴⁸. Neste conjunto, a disciplina penal real visava, sobretudo,

⁴⁸ Sobre os poderes punitivos destas ordens infra-reais. sobre o poder punitivo do *pater*, FRAGOSO, 1641, I, disp I, 4, n 89 e III, disp. 3, § 2; AMARAL, 1610, s.v

uma função política— a da defesa da supremacia simbólica do rei, enquanto titular supremo do poder punitivo e do correspondente poder de agraciar.

Para isto, nem era preciso punir todos os dias, nem sequer punir *estrategicamente* do ponto de vista dos interesses de disciplina da vida social (i.e., punir os atentados mais graves ao convívio social). Disto se encarregavam, usando tecnologias disciplinares diversas, os níveis infra-reais de ordenação. À justiça real bastava intervir o suficiente para lembrar a todos que, lá no alto, meio adormecida mas sempre latente, estava a *suprema punitiva potestas* do rei. Tal como o Supremo Juiz, o rei devolvia aos equilíbrios naturais da sociedade o encargo de instauração da ordem social.

Por outro lado, para se fazer lembrar e reconhecer, para manter a carga simbólica necessária à legitimação do seu poder, o rei dispõe de uma paleta multimoda de mecanismos de intervenção. Pode, decerto, punir; mas pode também agraciar, assegurar ou livrar em fiança: como pode, finalmente, mandar prender. Pode optar, isto é, tanto pelo meio, desgastante, da crueza, como pelo meio, económico, do perdão. Ao fazer uma coisa ou outra, afirma-se na plenitude do seu poder e no cabal exercício das suas funções. Pois —segundo uma conhecida máxima do início do Digesto— a realização da justiça (leia-se, da disciplina social) exige uma estratégia plural, em que, ao lado do medo das penas, figuram os prémios e as exortações (*nom solum metu poenarum, verum etiam premiorum quoque exhortatione*, D., 1, 1, 1, 1).

Segundo creio, o traço específico da estratégia política do Antigo Regime —e, também, conseqüentemente, a sua estratégia punitiva— é, justamente, esta constante consciência da multi-dimensionalidade das tecnologias do poder. Este aproveitamento sábio das formas «doces» de condicionamento, como vicariantes do uso de formas «violentas» de disciplina. No fundo, isto não era senão o sintoma, no plano político, das intenções do poder da coroa em relação aos equilíbrios sociais estabelecidos. Longe de os querer alterar, a coroa queria arbitrá-los, assumindo-se não como centro único do poder, mas como pólo coordenador de uma sociedade politicamente poli-centrada.

«pater», n 34 ss, cf *Ord fil.*, V, 38, e V, 95, 4 e respectivos comentadores, sobre o poder punitivo da Igreja, v o vol. II da mesma obra, *per totum*.

Procurámos, até aqui, caracterizar a estratégia política da coroa que explica o modelo de intervenção social do direito régio e «letrado». Mas este modelo adequa-se também aos jogos políticos dos juristas, como mediadores exclusivos de uma tradição textual, dogmática e doutrinal.

Na verdade, na perspectiva destes interesses de corpo, o essencial não era que a ordem punitiva real-letrada tivesse um impacto normativo alargado. Essencial era, pelo contrário, que ela garantisse aos juristas um grau máximo de mediação, obtido através de uma máxima autonomia de julgamento. Isto conseguia-se defendendo, a todo o transe e numa pluralidade de planos, o arbitrário dos critérios de decisão.

O primeiro esteio do *arbitrum iudicis* era constituído pela existência de inúmeras penas arbitrárias, quer na ordem jurídica real⁴⁹, quer no direito letrado⁵⁰. Neste domínio, competia ao juiz fixar a pena, embora a doutrina dominante defendesse que ele não podia exceder a pena de morte civil (= degredo)⁵¹.

Mas a defesa do arbitrário do juiz (do jurista) entronca ainda num tópico que antes já encontramos, o da correcção do direito (*ius*) pela equidade (*aequitas*). Baptista Fragoso — professor em Évora nos finais do séc. XVI e aí contemporâneo de Luís de Molina — discute longamente os limites do arbítrio jurisprudencial, a propósito da questão «*utrum magistratus possunt augere, vel minuire poenas a lege, vel consuetudine statutas?*»⁵². Depois de estabelecer o princípio geral de que o juiz está limitado pelas disposições da lei quanto às penas (ns. 238-242), o autor introduz limitações a esta regra, enumerando as causas que justificavam o tempero do *rigor iuris* pela *aequitas*.

Esta correcção casuística da lei seria, desde logo, normal, pois «hoje todas as penas estão no arbítrio do juiz, tidas em consideração as circunstâncias dos factos e das pessoas [...] pois as leis não podem exprimir todas as circunstâncias; e, assim, é deixada

⁴⁹ Sobre as penas arbitrárias, no nosso direito legislado moderno, v. E. CORREIA, 1977, 85, 93 e 102

⁵⁰ A pena é arbitrária quando não se prevê pena no direito (AMARAL, 1610, v. «poena», n. 45)

⁵¹ *Ibid*, n. 45-46

⁵² B. FRAGOSO, 1641, p. I, 1.4, disp. 11, ns. 238 ss. (p. 430); v. também FARINACIUS 1606, p. I, qu. 17, n. 6 ss.

a faculdade ao arbítrio o juiz de, segundo a contingência dos factos e de acordo com o seu arbítrio, aumentar, diminuir ou mudar as penas» (n.º 243). De donde decorreria que todos os juízes, salvo os inferiores⁵³, poderiam corrigir as penas legais *per modum epikeiae*, por motivos tão diversos como o bem da república, o bem da fé, a observância da *ratio legis* ou *iuris*, a paridade de situações, etc.⁵⁴ Por outro lado, a literatura jurídica enumera uma série de causas e circunstâncias em geral relevantes para este juízo de equidade⁵⁵. Entre elas estão, decerto, as causas de exclusão da ilicitude ou de exclusão e atenuação da culpa, hoje tipificadas (a menoridade, o grau de intenção, a legítima defesa, a obediência devida). Mas estão também circunstâncias como a senectude⁵⁶, a pobreza⁵⁷, a rusticidade⁵⁸, a hierarquia social do réu⁵⁹ e, mesmo, as relações de amizade com o juiz⁶⁰.

A este arbítrio na fixação da pena, somava-se o arbítrio no desencadear da acção penal⁶¹; depois, no estabelecimento e valo-

⁵³ Esta regra só era aplicada aos magistrados *maiores*, mas não aos *minores*, *ibid*, 247. Magistrados *minores* eram os que decidiam as causas menores, ou seja as causas civis até uma certa quantia, «qui de rebus parvi momenti iudicant» (= juízes pedâneos), *ibid.*, 248, *maiores*, os que têm jurisdição pleníssima, como os *proconsules* (= corregedores), *praetores* (= juízes ordinários ou de fora), ou os que conhecem das apelações (= desembargadores) (*ibid*, 248). Sobre estas classificações, v HESPANHA, 1984

⁵⁴ AMARAL, 1610, v «poena», n 21 ss

⁵⁵ *Ibid*, n 24 ss.

⁵⁶ FRAGOSO, 1641, *ibid*, n.º 244

⁵⁷ *Ibid*, n 245 o princípio valia, no domínio das penas, para as pecuniárias, mas, no domínio da ilicitude, considerava-se, por exemplo, que a necessidade manifesta excusava a ilicitude do furto

⁵⁸ *Ibid*, 244: «Mitius puniri potest, qui ex resticitate delinquit, quia excusatur ex simplicitate»

⁵⁹ V. AMARAL 1610, v «poena», n 44 e literatura aí citada

⁶⁰ «Na verdade, os juízes podem temperar as penas estabelecidas na lei em razão da amizade, quando a pena for arbitrária, pois neste caso podem agir de forma mais branda com o amigo, de acordo como a inclinação da consciência», FRAGOSO, 1641, 245, o A põe, no entanto, algumas restrições (*magistrados maiores, causa cohærens delicto*) Mas há opiniões divergentes (v g, Domingo de Soto, *De iustitia et de iure*, III, q 6, art 5)

⁶¹ Restringida nos casos de existência de querela (*Ord fil.*, V, 117, pr) ou em que deva haver acusação por parte da justiça (*Ord fil.*, V, 122), mas plenamente existente no caso de processo iniciado por inquirição ou devassa (o que, na época moderna, era o mais comum - v MELO 1789b, tit 13, § 4 nota).

ração dos factos⁶²; e no decretar a prisão; consumando-se na possibilidade de aplicação de penas arbitrárias no caso de insuficiência de provas⁶³.

Este enorme âmbito do arbítrio de juízes —e juristas, pois na teoria do direito comum, o juiz devia conformar-se, no uso dos seus poderes arbitrários, com a *ratio iuris* desvendada pela doutrina— transformava os operadores jurídicos nos titulares de um poder de decisão (de punição, de ilibação) muito importante.

A estratégia de desenvolvimento deste poder não exigia, seguramente, que o discurso jurídico fosse socialmente «praticável», adequado ou «legível». Em contrapartida, ganhava se ele tivesse uma lógica circular de fundamentação; i.e., se se fechasse sobre si, fundamentando-se na tradição textual dos juristas, tomando-se a si próprio como referência autoritária e, mesmo, assumindo-se, orgulhosamente, como desligado da realidade e da racionalidade comum.

III. O DIREITO PENAL DA MONARQUIA «ESTATALISTA»

O despotismo iluminista marca o advento de novas intenções do poder da coroa. Se muitas limitações estruturais da prática punitiva real permanecem, existe, em contrapartida, um projecto novo de actuação política dos monarcas. Agora, no plano das ideias-guia da acção política, à *justiça* substitui-se a *disciplina*. A coroa vai pretender constituir-se em centro único do poder e da ordenação social, esvaziando os centros políticos periféricos e pondo, com isto, fim à constituição política da monarquia pluralista.

⁶² Correspondente à estrutura inquisitória do processo, dominante no processo penal depois do séc XIII (cf. ALONSO, 1982) e à latitude que acabava por ficar ao juiz na apreciação da prova, apesar do sistema das provas legais tarifadas (prova plena, meia prova, quarto de prova, indícios, etc., sobre o regimen probatório, AMARAL, 1610, II, v. «Probatio», maxime ns 46 ss; CASTRO, 1619, 1.3, c. 12, para a época iluminista, v. FREIRE, 1789b, tit 17 e 18)

⁶³ AMARAL, 1610, v. «poena», n. 41

Todo este programa político —a que aqui cabe apenas fazer uma referência genérica— tem consequências directas na política penal, agora posta directamente ao serviço destes intentos disciplinadores da monarquia. Se, antes, a punição real cumpria uma função quase exclusivamente simbólica, agora ela passa a desempenhar um papel normativo prático. Ao punir, pretende-se, de facto, controlar os comportamentos, dirigir, instituir uma ordem social e castigar as violações a esta ordem. Para isto, o direito penal da coroa tem que se converter num instrumento efectivo, funcionando eficazmente e sendo, por isso, crível e temido.

Isto significava uma inversão quase completa da matriz anterior de intervenção penal e implicava uma não menor alteração das condições de exercício da prática penal.

Desde os meados do século XVIII que deparamos, em Portugal, com os sintomas desta mutação.

Um deles é o já referido agravamento do rigor do sistema penal da coroa, visível no aumento de frequência da aplicação da pena de morte e, sobretudo, na mais visível funcionalização desta aplicação aos objectivos políticos conjunturais da coroa. Lembrem-se os casos da punição exemplar dos implicados na sedição do Alto Douro, dos culpados no atentado contra D. José, dos culpados de falsificação de títulos de crédito, do P.^o Malagrida, dos sediciosos de Goa, Angola e Cabo Verde, dos bandoleiros, etc.

Outro é a multiplicação, na legislação josefina, da cominação da pena de morte, por vezes rodeada de desusados ingredientes de crueldade⁶⁴. Mas a estratégia de compensar a falta de efectividade do aparelho penal pelo carácter exemplar das penas tinha limitações. Por um lado, ao aumentar desmesuradamente as penas tinha limitações. Por um lado, ao aumentar desmesuradamente as penas, estas perdiam toda a relação com o crime e, subvertido o princípio da proporção entre malefício e punição já recomendado por Cícero (*De legibus*, III, 20), a punição perdia a sua legitimação e o justicado transformava-se em vítima. Por outro, se, por ineficácia do aparelho judicial, claudicasse e aplicação efectiva das penas, o seu rigor tornava-se irrisório.

Daí que a política iluminista desde cedo tenho definido como

⁶⁴ V g , CR 21-10-1757, Alv. 17-1-1759, L 12-6-1769, L. 3-8,-1770, L. 25-5-1773

objectivo central o da reforma da justiça, no sentido de aumentar a sua eficácia. Em Portugal, respondem a esse escopo conhecidas medidas pombalinas, aqui apenas enumeradas: a certificação das fontes de direito e a disciplina da jurisprudência, promovidas pela Lei da Boa Razão, de 1769⁶⁵, a sistematização da formação jurídica e a disciplina do discurso dos juristas, impulsionadas pela Reforma dos Estudos Jurídicos na Universidade de Coimbra, de 1772⁶⁶, a sistematização do direito legislativo, prosseguida pelo Projecto do Novo Código⁶⁷, a reforma da organização judiciária senhorial de 1790 e 1972 (parcial e preparatória de medidas mais globais de reorganização judiciária, como a da reforma das comarcas)⁶⁸, a criação da Intendência Geral da Polícia⁶⁹. É possível reunir todas estas medidas sob uma única palavra de ordem: promoção do legalismo e limitação do arbítrio doutrinal e judiciário. Com o que se recolhia um dos tópicos correntes em todo iluminismo europeu, exemplarmente formulado por Montesquieu, quando propunha transformar os juízes em meras bocas que pronunciem as palavras da lei.

Aparte estas medidas de racionalização da prática jurídica, a política penal da coroa, bem traduzida na literatura criminal do pombalismo, estabeleceu algumas linhas de orientação —no plano dos objectivos, do âmbito, dos meios e da legitimação— específicas para o domínio penal, as quais visam responder às insuficiências da anterior prática penal na perspectiva dos novos desígnios de instauração da disciplina social.

A primeira delas é a do *redefinição dos níveis e objectivos de controlo social a cargo da coroa*.

Esta redefinição decorre de um novo conceito de *delito*, que agora é feito equivaler, muito estritamente, aos factos que ofendem a ordem *externa* da sociedade, entendida como a soma da uti-

⁶⁵ Sobre a lei da Boa Razão, v., SILVA, 1985, 276, HESPANHA, 1978c, 73 ss

⁶⁶ Sobre a reforma pombalina dos estudos jurídicos, v., por todos, N. E. GOMES DA SILVA, 1985, 279; A. M. HESPANHA, 1972, 1978d

⁶⁷ Sobre o Projecto do Novo Código v. CRUZ, 1967, 49 ss., SILVA, 1985, 284 e, por último, MARQUES, 1985

⁶⁸ Sobre o projecto de reforma das comarcas, v., por último, MENDES, 1981, 1 ss.

⁶⁹ V. por último, SUBTIL, 1986, 168 ss

lidade pública com a utilidade dos particulares. Com isto, deixam de ser perseguíveis, quer os actos que careçam de manifestações externas, quer mesmo aqueles que, tendo-as, não consubstanciem uma ofensa concreta dessas utilidades, embora possam contrariar certos padrões de conduta julgados desejáveis⁷⁰. O crime é, agora, nitidamente distinguido do pecado ou do vício. Assim, tende-se para uma descriminalização das ofensas à religião, desde que não consubstanciassem uma ofensa externa à religião *estabelecida* (não à religião *verdadeira*)⁷¹, o mesmo acontecendo a outros actos, viciosos ou censuráveis, mas não socialmente perturbantes, como a embriaguez, a masturbação, a usura, o jogo, o «maquiavelismo», a maledicência ou o suicídio⁷². Do ponto de vista da implantação efectiva da ordem penal real, esta restrição do seu campo de intervenção evitava a dispersão de esforços dos aparelhos de justiça na punição de factos que, para além de dificilmente averiguáveis, eram irrelevantes na perspectiva da instauração da ordem social.

A segunda linha de orientação é a do *redimensionamento do espaço punitivo do direito régio*.

Neste plano, promove-se, o alargamento desse espaço, pela abolição ou restrição dos espaços punitivos periféricos⁷³.

Neste novo espaço, porém, a punição régia devia ser efectiva. Assim, a nova política penal da coroa reage, como já vimos, contra todas as formas de, pelo arbítrio judicial ou pelas delongas processuais, se eximir o criminoso às sanções previstas na lei. É por isto que se reage contra o *probabilismo* da ciência penal anterior —protagonizada emblematicamente por Prospero Farinaccio— em que «para tudo, se acha doutrina» (*Codigo...*, XXX), con-

⁷⁰ «Os factos, que não offendem a sociedade, nem os individuos della, posto que sejam ilícitos, não serão reputados como verdadeiros delitos» (*Codigo*, *Provas*, I, 5), v. SOUSA, 1803, I, § 2, nota 2)

⁷¹ É este o sentido do tratamento dos crimes religiosos feito por Pascoal de Melo, em que o desacato à religião se pune mais pela perturbação social que causa do que pela impiedade V. *infra*.

⁷² Cf. MELO, 1789b, t. 1, § 23, t. 10, § 15, *Codigo*, XII, 25

⁷³ Cf., v.g., *Codigo*, II, 21-22 (restrição de licitude da punição da adúltera pelo marido), XX, 6 a 11 (restringe os poderes de encarceramento dos bispos), XX, 17-21 (regulamentação, em sentido restritivo, dos poderes punitivos do *pater*)

tra o arbítrio na aplicação das penas (*Código...*, XXV), contra o abandono da regulamentação penal à doutrina, o que daria origem a uma jurisprudência caótica (*Inst. iur. crim.*, t. 8, § 1), contra a latitude dos poderes do juiz no decretar da prisão (*ibid.*, t. 15, pr.) e na inquirição dos réus (*ibid.*, t. 17, pr.). Mesmo a faculdade real de agraciar é discutida, embora Pascoal de Melo se desvie daqueles que a proscreviam —como G. Filangieri, etc.— baseado sobretudo na sua necessidade para temperar as leis, enquanto estas fossem demasiado severas ⁷⁴.

A terceira linha de orientação consiste na *redefinição do lugar do direito e da lei no contexto das tecnologias de disciplina social*.

Neste plano, combinam-se as virtualidades disciplinares do direito penal com as de outras tecnologias de controlo agora conscientemente promovidas. Embora não desista da coerção pela lei e pelo direito, a coroa integra-os, de forma mais perfeita do que até aí, numa panóplia mais vasta de técnicas de condicionamento dos comportamentos sociais, de que fazem parte a propaganda, a educação, a ridicularização, etc. Tanto nas *Institutiones* como no *Código...*, Pascoal de Melo destaca com frequência esta nova fronteira entre a disciplina pelo direito e a disciplina por meios não jurídicos ⁷⁵. Pereira e Sousa, por sua vez, enumera toda uma série de factores que, tanto ou mais do que a ameaça de punição, preveniriam o crime: a bondade do governo, o melhoramento dos costumes, a reforma da educação, o cultivo das artes e das ciências, a extirpação da mendicidade, a polícia da sociedade, a criação de estabelecimentos úteis e o prémio das virtudes ⁷⁶.

A própria lei se torna agora, também ela, num instrumento de propaganda. Isto nota-se, desde logo, no estilo legislativo josefino, em que a parte expositiva se encontra dissolvida em longos prólogos e circunlóquos carregados de intenções pedagógicas e em que até a grafia está repassada de conotações ideológicas ⁷⁷.

⁷⁴ Cf MELO, 1789b, I, 26 nota Sobre este ponto, v ainda FERREIRA, 1841, 14.

⁷⁵ Cf, v g, MELO, 1789b, tit 10, § 16 nota *in fine* (o trabalho como meio vicariante da punição nos delitos «políticos»), tit. 4, 14 nota (o duelo combate-se pela educação da opinião pública), *Código*, tit. 8 (a ridicularização dos feiticeiros), etc.

⁷⁶ SOUSA, 1803, I, § 28, nota 46

⁷⁷ V. HESPAÑA, 1978d

Mas também as técnicas de sistematização e de exposição propostas para a redacção das leis a partir do racionalismo —o tal método *sintético, compendiário, sistemático*, de que nos falam os textos teóricos do pombalismo jurídico— se orientam para uma democratização da leitura da mensagem legislativa (para um seu *populariter intellegere*). As novas leis —*maxime*, os novos códigos— já não são instruções, dirigidas a juízes técnicos, sobre a ordem a guardar no juízo (*Gerichtsordnungen*)⁷⁸, mas textos dirigidos aos cidadãos, escritos em linguagem que lhes seja acessível e organizados de modo a poderem ser facilmente apreendidos e memorizados. A mesma intenção pedagógica tem a insistência no método axiomático, visível, por exemplo, em Pascoal de Melo; que, por outro lado, inclui no seu *Código*, disposições sem conteúdo normativo, destinadas exclusivamente à edificação dos cidadãos.

A quarta linha de orientação é a do *reforço da legitimação ideológica da punição*.

Isto obtêm-se, desde logo, no plano do discurso penal, por uma nova valorização de tópicos, conceitos e estratégias argumentativas que destaquem valores agora dominantes. Tal é o caso do conceito de *utilidade* ou de *liberdade civil*⁷⁹, centrais no discurso penal português, a partir de Pascoal de Melo.

Mas exige, também, modificações normativas e institucionais, relativas, nomeadamente, ao modo como a punição se manifestava publicamente. Era preciso que, neste plano, a pena se legitimasse automaticamente aos olhos da opinião pública. Desde logo, pelo seu carácter «especular», preocupação que não era nova na reflexão penal. A pena na sua própria natureza, devia ser um livro aberto no qual o público lesse o mal praticado: «aqueles que ofendem a Religião, devem ser castigados com os direitos que decorrem do seu culto e obediência; os que não observam os bons costumes e uma vida honesta, devem ser desprezados, fulminados com a deshonra e marcados com a infâmia; os que perturbam a segurança pública, devem ser expulsos da cidade ou privados da liberdade; os que ofendem a segurança dos cidadãos, no seu corpo, bens ou fama, devem sofrer penas corporais, pecuniá-

⁷⁸ V. *infra*.

⁷⁹ Cf MELO, 1789b, I, § 7, IV, § 6

rias ou a perda da reputação» (Pascoal de Melo, *Inst. iur. crim...*, I, 12) ⁸⁰. Uma das formas mais gritantes de desproporção entre delito e pena era a das penas excessivamente rigorosas e, sobretudo, das penas cruéis, portanto proscritas, pois, para além de inúteis, corroíam a legitimidade da punição e do poder (como diz Pereira e Sousa, «gastam a móla do governo») ⁸¹.

Modificações na estrutura profunda do discurso penal não decorrem, porém, de modificações no plano das intenções políticas da coroa, exigindo antes uma recomposição das características da prática que os produz— um novo estatuto social, político ou institucional dos produtores do discurso, novas expectativas quanto a o auditório, novas funções sociais do discurso, ligação a novos universos textuais de referências, erupção de novos objectos.

Algumas destas modificações também se estavam a realizar.

No plano do estatuto político e institucional dos autores, a oposição entre o jurista e o político (entre *prudentia iuris* e *razão de Estado*), que marcara o século XVII, tende a atenuar-se. Com o projecto reformador do despotismo esclarecido, os juristas são chamados, não já a garantir os equilíbrios sociais estabelecidos, mas a colaborar na construção de uma nova ordem social e política. Entre nós, isso transparece claramente dos objectivos assinalados à jurisprudência nos *Estatutos pombalinos*, obtendo realização prática pela chamada a funções políticas (no sentido de «funções de organização da cidade»), durante o período josefino e mariano, de inúmeros juristas ⁸².

No plano do auditório visado, ganha uma importância determinante a referência à opinião pública, aos «cidadãos ilustrados e amantes da pátria», ou seja, a uma nova camada culta, de extracção não universitária e de formação e leituras enciclopedistas, com a qual os poderes políticos e culturais se propõem agora

⁸⁰ Note-se como, a partir deste princípio de proporcionalidade entre o crime e a pena, se aponta subtilmente para uma descriminalização dos delitos religiosos e morais. Sobre o carácter especular das penas e o simbolismo penal, HINC-KELDEY, 1980, 310 ss.

⁸¹ SOUSA, 1803, I, § 19, nota 31.

⁸² Impõe-se a realização de uma prosopografia do pessoal político pombalino, mariano e joanino, que esclareça as continuidades e rupturas, quer com o período anterior, quer como o vintismo

dialogar. Este novo auditório tem interesses, leituras e expectativas completamente diferentes do anterior auditório dos textos jurídicos: no plano dos temas e no próprio plano da organização formal do discurso (sistematização, estilo, organização formal, língua). Os novos textos, para serem aceites, terão que contar com estas novidades.

No plano das funções do discurso, já referimos que, enquanto o antigo se referia a um direito de aplicação apenas virtual, o novo se relaciona com uma ordem jurídica que se torna cada vez mais efectiva; e que, com isso, se lhes passam a colocar os problemas (de política penal) decorrentes desta nova vocação do direito real-letrado.

Estas novas condições pragmáticas do discurso jurídico-penal —que são, afinal, as do novo discurso jurídico *tout court*— provocam (mas são, também, provocadas por) novas condições no plano do «referente» do discurso. Nele aparecem novos problemas e situações: os problemas da política penal, a nova delinquência dos crimes «de polícia» —suscitada (constituída como objecto da ciência penal), quer por um projecto mais apertado de controle social, quer pela criação de instituições que a faziam emergir (v.g., a Intendência Geral da Polícia)—, etc.; com o que se alteram as suas condições semânticas. O mesmo se passa no plano sintáctico —*grosso modo*, no plano da organização interna do discurso—, onde também se manifestam novidades, desde a língua utilizada, até à sistematização, passando pelo sistema de argumentação e pelo universo das referências temáticas. Disso falaremos dentro em pouco.

Em todo o caso, o discurso não corta totalmente com a tradição textual anterior. Uma nova linguagem não se inventa do nada, antes se produz pela recomposição (*bricolage*) de elementos das anteriores. Por isso, sob o novo texto permanece —aflorando frequentemente, impondo pontualmente a sua lógica, emprestando conceitos, terminologias e classificações, reproduzindo maneiras de ver, de ordenar e de avaliar, constituindo-se em referência argumentativa ou mesmo autoritária— o *palimpsesto* da tradição textual original.

Como veremos, os fundamentos das novas soluções propostas continuam a ser os textos da grande tradição jurídica europeia, nomeadamente os textos de direito romano, agora usados como

forma de legitimação histórica das regras «naturais» ou «racionais» patenteadas pela nova penalística. Ou seja, embora tenham mudado as normas, o processo da sua legitimação (ou fundamentação) no plano do discurso não se modificou ainda radicalmente; embora ganhe um novo vigor a afirmação de que «nem sempre se podem aceitar como boas as soluções do passado», a justificação encontrada é, ainda, um texto de Julianus, no tit. *De legibus* do Digesto (*Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest*, D., I, 3,20)⁸³.

É a este balanço do novo e do velho no discurso penal iluminista de Pascoal de Melo que dedicaremos os seguintes capítulos.

IV. O SISTEMA DISCURSIVO DO CÓDIGO CRIMINAL. «ARQUIVO» TEXTUAL E SISTEMÁTICA

Na «Introdução» ao *Código*, o próprio Pascoal de Melo fala da mutação do campo de referências do discurso penalista, ao analisar a literatura jurídico-penal de que se socorrera. Insiste, em primeiro lugar, no facto de que a reforma do direito penal se deve fundar em bases teóricas novas, naquilo a que ele chama uma «nova philosophia politica», cujos autores enumera: antes de todos, o Marquês de Beccaria, mas também Hugo Grócio, Locke, Montesquieu, um conjunto heterogéneo de juristas (criminalistas ou não) do jusracionalismo alemão⁸⁴, uma série de publicistas, sobretudo franceses, das questões penais, dos finais do séc. XVIII⁸⁵, além de um punhado de autores italianos de compêndios sistemáticos de direito penal⁸⁶.

⁸³ Cf MELO, 1789b, tit. 16, 9 nota

⁸⁴ Tais como BENEDICTUS CARPZOW (1595-1966), A MATTHÆUS (1601-1654), SAMUEL STRYK (1640-1710), J BRUNNEMAN (m 1627), G A STRUVE (1619-1692), S. PUFENDORF (1623-1694), J. H BÖHMER (1674-1749) [bem como J F BOHMER, autor de uns *Elementa iurisprudentiæ criminalis*, 1732], J G HEINECCIUS (1681-1741), A. LEYSER (1683-1752), Chr WOLF (1679-1764), Chr THOMASIIUS (1655-1728)

⁸⁵ La Croix, La Frosne, Linguet, Philippn de la Madeleine, Servant, Vermeil, etc, bem como as publicações da *Société économique de Berne* e da *Académie de Chalons* ou os 10 volumes da 1ª série da *Bibliothèque philosophique des lois criminelles*, publicada por Brissot de Warville

⁸⁶ Entre eles, LUIGI CREMANO, *De iure criminali*, 1779, e FILIPPO MARIA RENAZZI, *Elementa iuris criminalis e Synopsis elementorum iuris criminalis in usum audito-*

Estas referências iniciais⁸⁷ são confirmadas no decurso do trabalho: as notas justificativas que acompanham o projecto estão cheias de remissões para esta literatura.

Se se abre, desta forma, um novo contexto literário, fecham-se, paralelamente, contextos antigos. Na mesma «Introdução», Pascoal de Melo designa também os arquivos literários excluídos. A obra paradigmática deste universo textual é a de Prospero Farinaccius (1618), autor de uma verdadeira enciclopédia da tradição dogmática do direito penal —a *Praxis, et theoricæ criminalis...*— de citação obrigatória para os penalistas dos séculos XVII e XVIII. Eis a apreciação que dela é feita por Pascoal de Melo: «Falando de Farinaccio —que foi e ainda é tido como o príncipe dos jurisconsultos criminais— temos que o considerar como o principal responsável pela corrupção universal e penosíssima que invadiu a ciência criminal. Na verdade, ele não só a tratou de forma não douta, deselegante e desordenada nos grossos volumes que publicou, como ainda a tornou incerta e variável e, finalmente, a obscureceu com enorme número de defeitos»⁸⁸. Com Farinaccio, é toda a tradição penalista do direito comum que fica excluída —dos europeus, sobretudo Andreas Tiraquellus, Mateu de Afflictis, Tibério Deciano e Júlio Claro; dos peninsulares; António Gómez; dos portugueses, sobretudo os comentários ao livro V das *Ordenações* de Manuel Barbosa e, para a prática processual, Manuel Mendes de Castro⁸⁹.

rum, ed alt 1805. Em geral, sobre a literatura criminalista europeia da segunda metade do séc XVIII, v FISCHL, 1913, e LUSEBRINCK, 1983

⁸⁷ Existem outras referências, de sentido semelhante, à literatura disponível no prefácio das *Inst dir. crim*

⁸⁸ MELO, 1789b, prefácio

⁸⁹ Para a doutrina peninsular, v o belo livro, e também pioneiro, no seu género, de F. TOMAS Y VALIENTE, 1969, em Portugal, a produção dogmática do direito penal é escassa, para além dos comentários de Manuel Barbosa ao livro V (BARBOSA, 1618) e de alguns parágrafos de Baptista Fragoso (FRAGOSO, 1641), as matérias penais não são objecto de um tratamento sistemático, a não ser no que respeita ao processo penal, em que existem os «tratados» de Gregório Martins Caminha (CAMINHA, 1549) e Manuel Lopes Ferreira (FERREIRA, 1730) Outros títulos, de menor interesse FRANCISCO CALDAS PEREIRA DE CASTRO, «Relectio nova . in legem cod ex delicto defuncti», em *Opera omnia*, FRANCOFORTI, 1630, GASPAR PEGADO, *Practicae criminalis*, CONIMBRICAE 1604, JOSÉ THOMAZ DE NEGREIROS, *Introductio ad commentaria legum criminalium* , OLYSIPONE, 1754; ID , *Commentaria ad re-*

Cada um destes arquivos literários tinha a sua estrutura interna.

A cada um correspondia, por exemplo, um certo *modelo da ordem do discurso*. Aos «modernos», um modelo axiomático, segundo o qual um discurso bem ordenado se devia fundar numa definição das grandes categorias ou *axiomas* (como a definição do delito e da pena), articular-se sobre *taxinomias* (v.g., divisões dos delitos e das penas, espécies do processo) e progredir por *dedução*. Aos «antigos», um modelo legal-casuístico, orientado pela *ordo legalis* —a da legislação particular dos reinos ou a das fontes romano-canónicas, nomeadamente a ordem dos livros 47 e 48 do Digesto ou do livro 5 das Decretais—, progredindo pelos mecanismos casuísticos da *quaestio*, da *ampliatio* ou da *distinctio*. Com isto —como, também, com uma recomposição da estrutura de fundamentação das proposições, a que nos referiremos—, os textos tornam-se mais *legíveis*, mais próximos de um *populare intellegere*, e, assim, mais capazes de atingir o novo auditório esperado.

Por outro lado, cada um tinha as suas *referências e autoridades textuais*. Os modernos, a legislação dos soberanos iluminados, a produção das academias e das sociedades *savantes* do séc. XVIII, por vezes reunidas em colecções (como, para a questão penal, a de Brissot de Warville), bem como a literatura da *Statistik* ou *Kameralwissenschaft*, sobretudo alemã e austríaca. Enquanto que, para os «antigos», as obras canónicas eram, a mais das fontes do direito comum e particular, as da literatura jurídica do *ius commune* clássico e moderno e os escritos da teologia moral⁹⁰.

gias Ordinationes (cf. ms 486 Bib Univ Coimbra), ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Practica judicial*, Lisboa, 1712-1717; ID, *Epilogo juridico de varias causas civels, e crimes concernentes ao especulativo e pratico*, Lisboa 1729.

⁹⁰ Tudo o que acaba de ser dito fica bem expresso por Pascoal de Melo, quando expõe os fundamentos das suas soluções «.. hei de consultar as nossas leis e as visinhas, e a practica das nações mas protesto desde já não me embaraçar muito com o que ellas dizem, porque tendo o livro quinto das nossas Ordenações poucas regras, que se aproveitem, as leis criminaes estrangeiras ainda tem muito menos Com este protesto, e usando da liberdade, que me é própria, sem transgredir os seus justos e verdadeiros limites, em tudo o que disser, consultarei principalmente a razão natural e civil das penas, o fim das sociedades, a segurança pública, o estado, genio, indole, e character singular da nação portugueza, e sobre

A mesma dualidade quanto aos *critérios de validação das proposições*. Na literatura penalista tradicional, o probabilismo, que arrancava de uma averiguação casuística da razoabilidade das soluções, realizando uma ponderação minuciosa das circunstâncias de cada hipótese e das regras doutrinárias, sempre provisórias e muitas vezes conflituais, a esse respeito formuladas pela doutrina. É esse probabilismo que agora vai ser posto em causa, como fator de permissibilidade; pois —como diz Pascoal de Melo— «para tudo acha doutrina». Agora, em contrapartida, o fundamento das soluções há-de ser encontrado em *axiomas* —como os formulados na abertura das *Institutiones* de Melo Freire—, nos «princípios da verdadeira medida dos delictos e suas penas» («Introdução» ao *Código...*, XXX). Por outro lado, esta nova estrutura da fundamentação das proposições garantia aos textos uma *legibilidade* muito maior e, com isto, uma legitimação fácil das soluções neles propostas.

A ligação da ciência penalista a um ou outro destes universos textuais era, portanto, decisiva do ponto de vista do que aí podia vir a ser dito.

Mudança de universos de referências produz-se também no plano das fontes propriamente jurídicas, sobretudo no que respeita ao uso do direito romano. Não é que ele não volte sempre, no curso das justificações, como uma referência quase obrigatória. Do que se trata é, antes, da nova liberdade com que ele é encarado: as suas soluções são criticadas, os seus fundamentos são escarpelizados, os limites históricos da sua racionalidade são postos a nú. Numa palavra, ele perde a sua eficácia normativa. Mas, paradoxalmente, a sua ordem dogmática é, por vezes, revalorizada. Não só as grandes categorias do crime voltam a ser, aproximadamente, as resultantes do recorte conceitual romano —lesamagestade, violência, homicídio, injúrias, roubo, falsificação, danos— como o tratamento conceitual e taxinómico de muitos campos (v.g., as injúrias) retoma dos textos romanos as classificações e os conceitos.

Um outro plano de caracterização do discurso é o do *modelo de organização das matérias* no seu seio.

tudo a lei da humanidade, entendida e combinada sempre como a lei da justiça e da segurança pública» (*Código...*, XXXI)

Neste domínio, a tradição legislativa europeia dispunha de alguns modelos. Em primeiro lugar, a *ordo legalis* dos livros 47 e 48 do Digesto, cujo eixo era a distinção entre *delicta privata e delicta publica ou crimina*⁹¹. No entanto, esta distinção tinha perdido todo o sentido, quer com a subversão da ordem processual romana, quer com a obliteração das concepções «estatistas» romanas pelo pluralismo político medieval. Com efeito, para o direito canónico —que corporiza, em geral, uma concepção «trans-individualista» do crime—, todos os delitos eram públicos e, no que dizia respeito aos direitos estatutários, a necessidade de acusação do ofendido estava sujeita aos regimes mais variados. Com os progressos do processo inquisitório, a acusação particular torna-se rara, o que, segundo este critério, levaria a uma «publicização» de todos os crimes⁹². Assim, o modelo sistemático do Digesto perdera a sua eficácia estruturante, sendo substituído por uma sistemática inspirada no livro V das Decretais. Nesta compilação, o tratamento dos delitos e das penas é levado a cabo no quadro da descrição do processo penal. Com efeito, o livro V começa pelo regime da acusação, segue com o regime dos diferentes delitos (tits. 3/34) e termina com o regime das provas, das penas e da sentença (tit. 35/39). Este modelo sistemático das Decretais, que parece ter sido influenciado pelo *Tractatus de maleficiis*, de Alberto Gandino, decorre da constituição, por volta do séc. XIII, de uma ordem autónoma para os processos criminais no seio do direito canónico. Em virtude do carácter tecnicista desta ordem, os textos legais e doutrinários transformaram-se em «regulamentos judiciais» (*Gerichtsordnungen*), dirigindo-se sobretudo aos juizes, para os instruir nesta nova e fina tecnologia de averiguar e provar os factos e de buscar para eles a pena conveniente. Seja como for, esta

⁹¹ Os crimes «privados» («quorum accusatio vel persecutio permittitur ei cuius proprie privatim ac specialiter interest, id es qui læsus est», [Duarenus] furto violência privada, injúria, dano, etc.) eram tratados no livro 47 e os «públicos» (quæ in omnium ferentur iniuriam, quod antiquis temporibus eorum cognitio & animadversio ad populum pertinet», [id.]. lesa-magestade, adultério, homicídio, falsificação, violência pública e privada, rapto, peculato, plagiato, etc.), no livro 48.

⁹² V para Portugal, o que diz Pascoal de Melo sobre os progressos da acusação oficiosa (MELO 1789b, tit. 13, § 4, nota).

submissão, no plano expositivo, do direito penal material ao direito processual constituirá um fenómeno de longa duração. As mais importantes codificações europeias de direito penal adoptarão o modelo: é o que acontece com o livro VII das *Siete partidas* (séc. XIII), com a *Constitutio criminalis carolina* (1521) e com os códigos criminais austríaco (*Josefina*, de 1787) e toscano (*Leopoldina*, 1786). Excepções —por isso notáveis— são as *Ordenações* portuguesas, que adoptam uma sistematização «substantiva»⁹³. A própria doutrina é frequentemente atraída por esta ordem de exposição, que segue o desenrolar «cronológico» do processo, iniciado pela deposição da queixa ou pela inquirição oficiosa, prosseguido pelo enquadramento dos factos num tipo penal (de onde a necessidade de descrever os crimes nesta ocasião), pelas diligências da prova e, finalmente, pela edição da sentença e sua execução.

Os sentidos implícitos desta sistemática —assim como a compreensão do direito penal que ela *inculcava*— não devem ser ignorados. Aparentemente, ela levava a eufemizar as dimensões extra-judiciárias do problema penal, arrumando-o entre as questões puramente técnicas do processo. As relações da questão penal com valores políticos —como as da defesa do Estado e da ordem pública, a dos interesses em jogo—, eminentes no critério romano de ordenação, tendem a ser obliteradas, tornando-se objectos dificilmente arrumáveis no seio do discurso penal. Por outro lado, esta arrumação «processualista» das questões penais contribui para valorizar os aspectos intra-individuais —os conflitos de interesses privados— das questões criminais.

Pascoal de Melo, ao organizar o seu projecto de *Código*, corta com toda esta tradição sistemática das *ordines legales* (quer do direito romano, quer do direito canónico, quer do direito portu-

⁹³ O modelo sistemático dos códigos portugueses em matéria penal pode ter sido influenciado pelo do livro VII das *Siete Partidas* que, depois de um só título relativo às matérias de processo (VII, 1), se ocupa dos crimes e das penas, não voltando ao processo senão no fim do livro. Mas as *Ordenações* «purificam» ainda mais o modelo, suprimindo os *incipit* e *excipit* processualistas. Apenas as *Ordman* (V. 1) incluem uma referência ao processo no início do livro. Sobre o problema das ordens sistemáticas da legislação europeia, sem referências, no entanto, à legislação peninsular, SALMONOWICZ, 1986, e PADOVANI, 1986.

guês), rendendo-se à ordem sistemática que ele tinha encontrado nos juristas alemães ou holandeses das escolas jusracionalistas ou nas *institutiones* dos penalistas italianos do último quartel do séc. XVIII, como Cremano ou Renazzi, que —tal como ele mesmo o faz nas suas *Institutiones*— abrem a exposição por capítulos dedicados aos axiomas do direito penal, tais como a definição de delito e de pena. Os primeiros capítulos do *Código* são, portanto, consagrados ao estabelecimento de uma teoria geral do delito e da pena, em que podem ser colocadas todas as questões de política penal —estratégias de criminalização, fins das penas, etc.— que a sistemática processualista deixava *sem lugar*. Além disso, os critérios «políticos» de arrumação dos crimes —i.e., em função dos interesses atingidos— das fontes romanas reaparecem. Antes de tudo, a distinção entre crimes públicos e privados; que, agora, é ainda mais claramente relacionada com a natureza pública ou privada do bem ofendido⁹⁴.

Por outro lado, desta modificação de sistema expositivo resulta um outro factor de marginalização da tradição textual, cuja *ordem* se torna, agora, em *desordem*. Cortada a correspondência entre esta ordem doutrinal e a nova ordem legal, o *lugar* doutrinal das matérias torna-se difícil de encontrar; as proximidades e as distâncias doutrinárias tradicionais são subvertidas e perdem o contacto com as proximidades e distâncias estabelecidas no plano da lei. O discurso penal do direito comum tende a tornar-se, progressivamente, um texto confuso, desordenado e longínquo da (nova) prática.

V. OS CODIGOS IDEOLOGIDOS DO DISCURSO LEGISLATIVO

Até aqui, a investigação foi conduzida ao nível das estruturas mais globais do discurso (contexto textual, modelo sistemático).

⁹⁴ V MELO, 1789b, tot I, 4: os crimes públicos são os que lesam a sociedade ou a segurança pública (e, logo, perseguidos por acusação pública), os particulares são os que apenas lesam interesses particulares (e, logo, perseguidos por iniciativa destes); confronto como o critério romano de distinção na respectiva nota. No mesmo sentido, SOUSA, 1803, I, 12 ss

Estes temas não foram esgotados, pois ainda se poderiam utilizar outras características estruturais globais, quer do discurso, quer da prática discursiva de que ele decorre. No entanto, a economia deste texto obriga a preferir a este um outro plano de análise, em que se possa detectar a evolução dos códigos ideológicos responsáveis pela valorização jurídico-penal das condutas humanas.

O crime *em si* não existe. Ele é produzido por uma prática social de discriminação e de marginalização, prática mutável e obedecendo a uma lógica social muito complexa. É sobre esta primeira *classificação-constituição* dos «objectos criminais» que se enxerta uma segunda grelha de classificação, esta doutrinal, produzida pelo discurso jurídico penal. Não apenas na medida em que este redefine os «crimes vividos», construindo novos conceitos, mas ainda enquanto organiza e inter-relaciona estes últimos em meta-objectos tipológicos (a que chamaremos «campos penais»). É sobre as estruturas discursivas que presidem a esta criação, classificação e arrumação dos «crimes» pelo discurso que incidirá, daqui em diante, a nossa análise.

Neste sentido, tomaremos, de cada vez, um dos vários «campos criminais»⁹⁵ do projecto de Pascoal de Melo, procurando desvendar as relações que aí se estabelecem, quer com os campos vizinhos, quer, no interior de cada campo, com os «objectos» («tipos penais») que o constituem.

Na base dos resultados adquiridos, esperamos poder contribuir para identificar os códigos ideológicos (i.e., o conjunto das grandes categorias axiológicas) subjacentes ao discurso penal, bem como o traçado da sua linha histórica de evolução.

⁹⁵ Utilizamos a expressão «campo penal» —por analogia como a expressão «campo semântico»— para designar o conjunto de condutas puníveis (de «tipos penais») entre as quais o discurso estabelece relações de vizinhança, em termos tais que o significado de cada uma depende do significado das outras. Estas relações de vizinhança resultam do facto de a punição, no interior do campo, ser referida, fundamentalmente, a um valor protegido pelo direito penal (v.g., a paz, o património, a integridade física, a honra, etc.)

1. OS CRIMES CONTRA A ORDEM RELIGIOSA ⁹⁶.

Nesta breve análise dos códigos ideológicos subjacentes ao tratamento que no *Código* é dado ao campo dos crimes contra a religião começamos por destacar os sistemas de *tipificação* i.e., de identificação dos traços relevantes das condutas—, de *argumentação* e de *punição*, bem como à lógica valorativa que lhes está subjacente.

Sublinharemos, em primeiro lugar, a evolução verificada no plano da *argumentação*.

Enquanto que, no discurso tradicional, a argumentação do discurso punitivo se baseava, essencialmente, em valores religiosos, com o *Código*, o regime destes crimes é fundado na ofensa feita, não à religião verdadeira, mas à religião *estabelecida* e à ordem social de que esta faz parte. Dir-se-ia mesmo que, no primeiro plano, se encontra a ordem social; que esta se substitui à religião como valor fundamental, quase sacralizado. Neste sentido, não interessa, por um lado, que a religião estabelecida seja a verdadeira ⁹⁷; e, por outro —como Pascoal de Melo, de resto, o diz (*Inst.*,

⁹⁶ Tradição textual dos principais tipos integrados no campo. A heresia era tratado no *Cod Th* XVI, 5, 43 e 52-54 (= C, I, 5, 3), no *C i civ*, em C, I, 5, *de hæreticis et manicheis et samaritis* (11/12. pena capital, 15, incapacidade testamentária), C, I, 7 *de apostatis*; C., I, 9 *de iudæis et coelocolis* (3. morte pelo fogo), no *C. i canonici*, *Dec. Grat*, C I, qu 6 (penas); c 6, qu 1, c 17, C 23, qu 7 (confisco); C 24, qu 1-3 (privação de ofício, excomunhão, maldição eterna, de seus sequazes e família), *Decretales*, V, 7 *de hæreticis et manicheis*, *Sextum*, V, 2 *de hæreticis* (fonte dos regimentos inquisitoriais) No direito peninsular, ela aparece na lei 3 da cúria de 1211 e nas *Partidas* (VII, 26, pr. e ss) Literatura AMARAL, 1610, v. «haeresia», FRAGOSO, 1641, I, 1 2, d. 4, § 12 A blasfémia é punida em D, 12, 2, *de iureiurando* e nas *Decretales*, V, 26, c. 2, *de maledictione*, no direito peninsular nas *Partidas* (VII, 28) e em leis de 6-7-1315 e de 3-1-1416 (em *Ord af*, V, 99, 1) Literatura. A C AMARAL, *Liber .*, v «blasphemia», FRAGOSO, 1641, I, 1.2, disp 4, § 5 A feitiçaria no *Dec. Grat*, II p., C 26, qu. 1, c 1, *ibid*, qu 3 e 4, *ibid*, C 9, 18 e nas *Partidas* (VII, 23) Literatura AMARAL, 1610, v «sortilegium», FRAGOSO, 1641, I, 1.2, disp 4, § 6 ss Quanto ao perjúrio, as fontes textuais são, sobretudo D, 3, 2, 21, D., 12, 2, 13, 6, C, 2, 4, 4. Literatura: AMARAL, 1610, v «juramentum», n 36 ss, FRAGOSO, 1641, I, 1 5, disp 13, § 6 (p 629) 1

⁹⁷ Cf MELO, 1789b, tit. 2, 1 (« a Nação, a qual dificilmente se pode conceber sem alguma religião, verdadeira ou falsa») Crítica ao ateísmo dos livre-pensadores, *ibid.*, tit, 2, 8.

iur. crim., II, § 2)—, qualquer crime contra a ordem social pode ser considerado como crime religioso ⁹⁸.

A heresia, por exemplo, é, antes de tudo, «um crime público civil, pois se entende que todo aquele que ofende ou despreza a religião pública destrói os mais fortes vínculos sociais» (*Inst. iur. crim.*, II, § 4); ou, como se diz no *Código* («Provas», 15), porque ela «obsta e se oppõe à religião da sociedade e à lei geral, que a manda seguir; e porque della commumente nascem infinitas desordens, tumultos e perturbações, que a mesma sociedade deve acautelar». Daí que este crime, enquanto punido civilmente, não seja «considerando relativamente ao espiritual», pois «os homens não foram postos para castigar e vingar as offensas feitas a Deus» (*ibid.*). Assim, a gravidade do crime não é avaliada pela magnitude espiritual ou teológica da ofensa (*deorum injurias diis curæ*), mas pela medida das perturbações sociais provocadas (v.g., a heresia sediciosa ou de que resulte a criação de partidos, *Cod.*, V, 6), pelo escândalo causado (v.g., a blasfémia deve ser punida em função do escândalo ou perturbação pública, *Cod.*, «Provas», 24), ou pelo mal real provocado (os feiticeiros, v.g., não são punidos senão pela malícia e sofrimentos físicos a que as beberagens derem causa, *ibid.*, 94-95; e os perjuros são responsáveis pelos prejuízos provocados a terceiros e não pela ofensa feita a Deus, *Cod.*, VII, 1).

Se o carácter criminal destas condutas passa a ser fundado na violação de valores sociais, então, tanto a caracterização de cada tipo (*tipificação*), como o sistema das penas, como a competência jurisdiccional devem ser modificadas correspondentemente.

Um exemplo destas modificações, no plano da *tipificação*, é fornecido pela nova caracterização da heresia, na qual se prescindem dos traços que apenas tinham significado numa concepção puramente religiosa (ou teológica) do crime. Por exemplo, as distinções entre herege *confitens* ou *inconfitens*, entre heresia, cisma e apostasia, tornam-se supérfluas; enquanto que são introduzidas

⁹⁸ Pascoal de Melo chega, neste sentido, a definir como religiosos todos os actos que atentem contra os bons costumes, as leis divinas, as naturais e até as civis («todos os delitos podem ser chamados eclesiásticos, estando sujeitos, no foro da consciência, à punição da Igreja, às penitências, censuras e penas canónicas», MELO, 1789b, tit 2, 2).

novas distinções, estas relacionadas com a perigosidade social dos actos (v.g., a distinção entre heresia simples e heresia sediciosa, *Cod.*, V, 6) ⁹⁹.

No plano da *natureza e medida* da pena, as consequências desta «laicização» do conceito de crime religioso são também importantes. A pena deve corresponder, não à magnitude da ofensa feita a Deus, mas à perturbação da ordem social estabelecida. «A razão [da proposta de atenuação drástica das penas da heresia] —explica o autor— é porque a pena e castigo deve ser à medida da perturbação causada na ordem social, e tanto quanto for necessário para conseguir e manter a tranquilidade pública; e para esta se manter e conservar, não é necessário que o homem morra queimado» (*Cod.* «Provas», 20). Por outro lado, o simbolismo religioso perde todo o sentido: a morte pelo fogo, que se ligava a uma antiga ideia de purificação, é agora considerada como cruel e sem proporção com o delito. Por isso, vão ser propostas novas penas, não apenas mais brandas mas, sobretudo, com uma nova simbologia, espelhando a ofensa, não a Deus, mas aos vínculos sociais. As penas vão, então, encenar as consequências do delito, numa dramatização em que o criminoso é o protagonista. Ele, que pôs em risco os vínculos da sociedade, vai ser objecto de uma des-socialização, vai representar o papel do indivíduo ignorado pela ordem social: vai perder a consideração pública (infâmia), a capacidade jurídica (confisco, incapacidade sucessória, perda de ofícios) e, finalmente, vai ser expulso do convívio social (degredo) (*Cod.*, V).

Finalmente, no que respeita à competência jurisdicional, a secularização do conceito de crime religioso exige que o seu conhe-

⁹⁹ Um outro exemplo de elemento tipificador tornado inútil é a distinção entre ofensa à religião católica feita por um baptizado ou por não baptizado. Tal distinção tinha antes sentido, na medida em que na heresia, como violação da ortodoxia, não podia cair senão um crente. No entanto, a extensão do conceito aos não crentes tinha uma antiga tradição no direito português (lei de 3-1-1416, baseada num costume anterior e num texto do *Cl. canonici* (*Sextum*, V, 13). Também o perjúrio estava, há muito tempo, fortemente «laicizado», pois a doutrina fazia equivaler ao perjúrio *stricto sensu* a violação de compromissos tomados sem juramento religioso (BARBOSA, 1618, ad *Of.*, V, 54, n.º 7). Em todo o caso, Pascoal de Melo mantém, no projecto, a distinção entre perjúrio e promessas feitas sob palavra de honra (VII, 12).

cimento compita aos tribunais seculares. É esta a solução adoptada no projecto, mesmo no caso de heresia: aos tribunais eclesiásticos apenas pertence a qualificação de conduta como herética, cabendo aos tribunais laicos a matéria da prova e a fixação da pena ^{100, 101}.

¹⁰⁰ MELO, 1789b, II, 6, Cod., «Provas», 10 Para o direito canónico, alguns delitos pertenciam a uma área de competência privativa da jurisdição da Igreja. Era este o caso da heresia (*Sextum*, V, 2, 18, § *Prohibemus*). Contudo, os tribunais eclesiásticos não podiam aplicar penas de sangue (*Decretales*, V, 13, 15, 1), devendo, portanto, remeter os culpados aos tribunais seculares que, todavia, tinham que se submeter à decisão daqueles. Em Portugal, as *Ord. af.* (V, 1) e *Ord. man.* (V, 2) ainda acautelam a revisão dos processos pelas justiças temporais, na esteira de uma opinião de Bártolo (v. ANTONIO CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus*, v. *haeresia*, n. 16). Mas as *Ord. fil.* (V, 1) abandonam esta restrição. Outros delitos religiosos, podiam ser conhecidos por uma ou outra jurisdição, de acordo com sistemas que iam da *preoccupatio* à *alternativa*.

¹⁰¹ Note-se, finalmente, algo que poderia destoar desta laicização do «campo» dos crimes religiosos. No projecto de Pascoal de Melo, o «campo» dos crimes contra a religião —como unidade de tipos inter-relacionados— ganha um âmbito nunca atingido nas anteriores codificações. A secção respectiva (tít. 5 a 10) engloba, a mais da heresia, da apostasia, da blasfémia e da feitiçaria, já agrupados nas *Ordenações*, ainda o perjúrio, o sacrilégio e a usura. Aparentemente, o fio que une todos estes tipos penais no início do projecto é o conceito de «casos de foro misto» —apesar de Pascoal de Melo, nas *Institutiones*, entender ser perturbadora a confusão entre os delitos de foro misto e os crimes contra a religião (MELO, 1789b, I, t. 5, § 49 *i.f.*). Este alargamento do «campo» dos crimes religiosos constitui um curioso exemplo do que vimos dizendo sobre a prevalência de uma lógica textual sobre uma lógica intencional. Trata-se, na verdade, da reprodução de uma lógica dogmática, herdada da tradição textual anterior, disfuncional em relação à assumida intenção laicizadora do pensamento penal iluminista. Seja como for, este aparente alargamento do elenco dos crimes religiosos, esta concentração *sub specie religionis* de tipos antes dispersos, pode ter, afinal, consequências funcionais. Ou constituindo uma forma de esvaziar a garantia penal dos tipos incluídos neste «campo», pois, em obediência ao princípio da correspondência entre crime e pena, às ofensas aos valores religiosos deveriam caber sanções também de tipo religioso (caso do concubinado simples: «multum sane in Deum peccant concubinari, delictum tamen et crimen in Rempublicam simplex concubinatus non est, quod modo ordinario leges coerceant», MELO, 1789b, I, t. 5, § 48 nota). Ou reforçando a legitimação da punição de certos delitos civis, decorando os valores temporais ofendidos como a dignidade de valores sagrados (caso do perjúrio).

2. OS CRIMES CONTRA A ORDEM MORAL

Sob a rubrica de crimes «morais», reúne Pascoal de Melo uma série de tipos que, na tradição doutrinal anterior, já apareciam, agrupados com outros agora separados, no apartado dos crimes *mixti fori*. Os principais são: o adultério, o estupro e os crimes «contra a natureza» (sobretudo, sodomia, bestialidade, masturbação).

A punição do adultério tinha obedecido a duas lógicas diferentes, uma de direito romano e outra de direito canónico. No direito romano, o adultério era considerado como uma violação da «lei conjugal» (*thoro conjugalis: alieni thori seu matrimonii violatio*, como dizem os juristas), ou seja, da exclusividade que a mulher deve ao marido quanto às relações sexuais. O que estava em causa, fundamentalmente, era o interesse familiar em impedir a *turbatio sanguinis*, a dúvida quanto à paternidade dos filhos nascidos na constância do matrimónio —«comete-se na mulher casada, sendo o seu nome assim composto a partir de “parto concebido por outro” (*adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero concepto composito nomine*, D., 48, 5, 34, 1). Consequentemente, o adultério apenas podia ser cometido por mulher casada e pelo seu amante. Mas já não por homem casado com mulher solteira; por mulher casada de mau porte (*exceptio plurium*), etc. E, por outro lado, requer-se a consumação das relações sexuais ou, mesmo, a gravidez ¹⁰².

No direito canónico, em contrapartida, o adultério é encarado como a violação da fidelidade conjugal (*Decretum*, C. XXXII, qu. 5, c. 15; c. 20-23), podendo, por isso, ser cometido por ambos

¹⁰² A doutrina estabelecia uma completa casuística sobre as situações amorosas que configuravam o adultério, bem como sobre os factos que os indiciavam. Neste último plano, os juristas eram bastante estritos, não se contentando alguns sequer com o facto de os amantes serem encontrados no leito, *solus cum sola, nudus cum nuda*. Com este rigor probatório —que se encontra também noutros crimes sexuais (como a sodomia ou a bestialidade, v GÓMEZ, 1555, ad 1, 80, n 33 ss) —procurava-se decerto limitar a perseguição penal destes actos, pois deveria haver uma razoável distância entre o rigor destas leis e a permissividade sexual da sociedade. No plano dos actos relevantes, todavia, a doutrina considerava já como situações adúlteras os actos preparatórios do coito («*veluti mutuis amplexibus, & osculis*», BARBOSA, 1618, ad V, 38, 2, pg 31)

os cônjuges. Para além de que o critério de avaliação dos actos é naturalmente diferente e menos rigoroso, aceitando-se a relevância de certas formas de adultério por pensamentos ¹⁰³.

Torna-se claro como este diferente tratamento do adultério se relaciona estreitamente com duas «economias» da sexualidade e da família, em conflito na cultura europeia desde a baixa Antiguidade: uma, que alguns autores fazem corresponder a um ambiente de recessão demográfica, de maior permissibilidade sexual, embora limitada pela lógica da defesa da identidade da família, enquanto instituição política; outra, correspondente a áreas ou épocas de plétora demográfica, dominada por uma concepção negativa e restritiva da sexualidade, que procurava confinar esta ao âmbito da família rigorosamente organizada em termos monogâmicos ¹⁰⁴. O direito canónico e a disciplina eclesiástica da família encarnaram a promoção e defesa deste segundo modelo, desenvolvendo uma acção combinada para estirpar dos costumes europeus a sexualidade extra-familiar, profundamente enraizada.

As *Ordenações* (*Ord. fil.*, V, 25; 28; *Ord. man.*, V, 15; 25; *Ord. af.*, V, 7; 12: 20) seguiram, fundamentalmente, a via do direito romano, com todos os seus conseqüências. Assim, concretamente, o adultério do marido não era, por regra, punido ¹⁰⁵; e o da mulher só era considerado relevante quando tivesse havido consumação de relações sexuais (pelo menos, era esta a interpretação mais próxima dos termos da lei). Mas, neste caso, a lei era muito severa na protecção dos interesses político-familiares, o que era característico de uma sociedade onde prevaleciam valores casticistas e linhagísticos: o adultério era, em geral, punido com a morte, sendo o marido ofendido autorizado a tirar desforço por suas próprias mãos (*Ord. fil.*, V, 38). Legislação extravagante da segunda metade do séc. XVIII (alv. 26-9-1769) reforçara ainda o carácter «familiar» dos interesses protegidos, ao tornar a perseguição do crime totalmente dependente de acusação do marido.

A análise do regime penal do concubinato reforça ainda a as-

¹⁰³ V CORELIA, 1744, pg 66, ns 1-2

¹⁰⁴ V GOODY, 1972

¹⁰⁵ Excepção *Ord fil*, V, 28, pr. (concubida «teúda e manteúda» no domicílio conjugal)

serção de que, no seio desta tradição de enquadramento penal das práticas sexuais, o que estava em causa não era tanto a defesa de uma ordem moral, como a defesa dos interesses da família enquanto grupo político. De facto, o concubinato era permitido pelo direito romano (D., 25, 7, *De concubinis*), apenas tendo sido proibido pelo direito canónico. Embora, de acordo com o «critério do pecado» (formulado pela doutrina jurídica medieval e recolhido nas nossas Ordenações, *Ord. fil.*, III, 64), tal proibição devesse ter passado para o direito civil, o certo é que a nossa lei só punia o concubinato de casado e, ainda assim, só no caso de este decorrer com escândalo público e, sobretudo, com dissipação, a favor da concubina, do património familiar. Isto acontecia quando o marido a sustentasse (*illi præstet omnia necessaria*, cf. *Ord. fil.*, V, 28, pr.); mas não já quando ele «tivesse o costume da promiscuidade carnal, mesmo que tivesse algum filho..., desde que não preste à concubina tudo aquilo de que ela necessite»¹⁰⁶. Tão pouco eram proibidos o «coito vago» e o meretrício.

Apesar deste tom um tanto laxista da legislação —pelo menos, em relação à sexualidade masculina¹⁰⁷—, desenvolvia-se, paralelamente, uma política sexual mais repressiva, amparada, sobretudo, pelo aparelho disciplinador da Igreja. De facto, nas visitas, os bispos deviam inquirir dos casos de concubinato e barregania, procedendo contra eles criminalmente, dos termos do direito canónico (cf. *Ord. fil.*, II, 1, 13). Por influência destas visitas, surge legislação que comete a magistrados civis o encargo de devassar sobre os «pecados públicos» (v. alv., 25-12-1608, §§ 21 e 22) e, segundo, nos diz Pascoal de Melo, ocorria a punição, por juízes «moralistas», de homens casados por adultério simples (dormir com mulher solteira) (*Cod.*, «Provas», 32). É, justamente, contra este rigorismo —que perturbava, muitas vezes, a ordem familiar estabelecida, levantando suspeitas falsas ou sobre que as quais os próprios maridos tinham preferido guardar discreção—

¹⁰⁶ AMARAL, 1610, v «Concubinatus», p 218, col. 1.

¹⁰⁷ A sexualidade extra-matrimonial das mulheres casadas também não deixava de ser, indirectamente, protegida (talvez na medida em que ela era a outra face da sexualidade masculina .) pelo conceito restrito de adultério e pelas exigências probatórias, a que já nos referimos

que reage a citada legislação josefina ¹⁰⁸ e, em geral, toda a doutrina iluminista.

No *Código...* (t. XI), dá-se acolhimento a uma concepção totalmente diferente da ordem sexual, recebendo-se, no essencial, a concepção canónica do adultério, como violação da fidelidade matrimonial. Com isto, passa a punir-se, tanto o adultério do marido, como o da mulher, embora com penas diferentes, explicadas pela diferente natureza dos sexos segundo o «pensar geral da nação» (mas, afinal, mais duras para a mulher) ¹⁰⁹. E, acolhendo a orientação da legislação josefina, condiciona-se a acção penal à acusação do marido. Assumindo um papel subsidiário em relação à família, a punição estatal do adultério liberta-se, pela primeira vez, dos interesses político-familiares (i.e., de defesa da legitimidade dos filhos de mulher casada, nascidos na constância do matrimónio), para chamar a si a defesa de um certa ordem sexual, até aí promovida apenas pela Igreja. Anuncia-se, com isto, o puritanismo da sociedade burguesa, identificando estritamente a sexualidade permitida com a sexualidade entre cônjuges, embora admitindo, como válvula de escape, uma promiscuidade sexual policiada e «exterior» à sociedade oficial, proporcionada pela prostituição ¹¹⁰.

O regime penal do estupro confirma as matrizes da valoração da sexualidade a que antes nos referimos.

O direito romano punia, como estupro, dois tipos de conduta —ou as relações sexuais com virgem (*puella defloratio*, D. 48, 6, 34) ou as relações sexuais impostas com violência a uma mulher (D. 48, 5, 6, 2 e Nov. 141 e 150), enquadrando-as no crime de violência. Em contrapartida, quaisquer outras relações sexuais eram, em princípio, permitidas. Esta continuou a ser a regra geral do direito civil. Mas, também aqui, se impôs, como limitação

¹⁰⁸ V CL 19-8-1769, § 12 Note-se que esta possibilidade de denúncia extra-familiar dos casos de adultério constituía, muitas vezes, a via para forçar os pais a casar filhas «desonradas» com pretendentes indesejados (v. alv. 26-9-1769, em A D.S.)

¹⁰⁹ Cf § 6 e «Provas», pg. 33-34.

¹¹⁰ O «coito vago» ou o «meretrício» continuam a não ser puníveis, nem como adultério (*Cod*, XI, 3), nem como outro crime moral (XII, 30), embora seja sujeito a medidas de polícia

à «liberdade sexual», a defesa da ordem familiar; defesa que, em certos autores, aparece mesmo como o primeiro valor a defender, mesmo antes do da virgindade. A. C. Amaral, fundando-se numa opinião comum, diz que «o que estupra uma virgem na casa do pai, comete rapto de virgindade e aleivosia, mesmo que a não leve para outro lugar, devendo ser punido com as penas dos raptos...; pois com o estupro não se ofende apenas a virgem, mas também os seus pais e consanguíneos... [Em contrapartida], o que estupra uma virgem, que o quer e consente, a nada está obrigado para com essa mulher, nem no foro da consciência, nem no foro contencioso, desde que a rapariga não esteja sob o poder do pai, mãe, tutor, curador, ou de algum consanguíneo ou afim; pois a mulher emancipada tem poder sobre o seu corpo quanto ao foro externo e, nas suas coisas, cada um é o moderador e o árbitro». Apenas se exigia que não se usasse de fraude para obter o consentimento (*suasiones, dona, blanditiæ*)¹¹¹. Para além desta limitação, outros introduziam algumas restrições à actividade sexual *inter volentes*: a consanguinidade, as ordens clericais, certas relações político-sociais (ama e escravo ou criado, tutor e tutelada, etc.), a diversidade de religião, bem como aquilo que era considerado como a natureza do sexo¹¹².

Outra era a perspectiva dos canonistas, subsidiária da moral sexual da Igreja. Aqui, o princípio era o do carácter ilícito e pecaminoso do coito, sobretudo do praticado fora do matrimónio (*omnis autem alius coitus est illicitus, et reprobatus de jure divino... unde fugiendum est a fornicatione tanquam a peste*)¹¹³.

As Ordenações (*Ord. af.*, V, 5; *Ord. man.*, V, 14; *Ord. fil.*, V, 18 e 23) recolhem, no fundamental, o sistema romano, punindo como estupro as relações sexuais com violência (*Ord. fil.*, V, 18, pr.) ou fraude (*ibid.*, 18, 3) ou com virgem ou viúva, honesta e menor de 25 anos *in patris potestate* (*ibid.*, V, 23, 3).

¹¹¹ AMARAL, 1610, v. «Stuprum», ns. 11-12.

¹¹² V por todos, GÓMEZ, 1555, ad l 80, ns 5 ss (como um curioso e desenvolvido tratamento das práticas sexuais contra natura, donde decorrem as concepções da época sobre a normalidade e a preversão do uso do sexo

¹¹³ Mesmo no matrimónio, a castidade era a virtude máxima, pecando venialmente o marido «qui solum causa libidinis, & voluptatis explendae ad uxorem accedat» (GÓMEZ 1555, ad l 80, n. 3)

A legislação extravagante mais importante é constituída pelas leis de 19-6-1775 e de 6-10-1784 (A.D.S.). A primeira visa proteger as famílias contra a utilização do estupro como forma de forçar a casamentos que os pais, de outro modo, não consentiriam; para isso, à estratégia canónica de reparar o pecado pelo matrimónio subsequente opõe-se a de devassar oficialmente de tais crimes e de aplicar aos culpados penas civis. O pecado permaneceria, mas os interesses políticos das famílias ficariam mais salvaguardados. A segunda, além de abolir a querela de estupro para as mulheres (maiores de 17 anos) que tenham consentido na sua corrupção, diferencia as penas aplicadas ao estupro de menores ou maiores de 17 anos. Afinal, não se verifica uma modificação estrutural no sistema de punição, apenas se reforçando a protecção dos interesses familiares, mesmo com o sacrifício da ordem «moral» da sociedade.

Tal é, também, a orientação do *Cod.* (Tit. XII) que, porém, descriminaliza o estupro de donzela com quinze anos feitos (XII, 10). Com o que, não apenas se baixa a idade estabelecida na anterior legislação como, sobretudo, se veda aos pais da estuprada (e não apenas a ela mesma) a perseguição criminal do estuprador. Afinal, esta decisão parece representar a constatação do fracasso de duas estratégias —a do direito canónico que, visando a coesitação da situação pelo casamento, desprotegia a disciplina familiar; e a do direito josefina que, para proteger esta disciplina, acabava por comprometer o decôro das famílias, sujeitando-as ao escândalo de acções penais de que não tiravam quaisquer benefícios práticos.

3. OS CRIMES CONTRA A ORDEM POLITICA —A LESA-MAGESTADE

O projecto de Pascoal de Melo inclui sob as epígrafes de alta-traição e da lesa-magestade as ofensas mais graves contra a ordem política.

Estas categorias não eram desconhecidas da tradição textual do direito europeu¹¹⁴. Em todo o caso, são interessantes as re-

¹¹⁴ Tradição textual D 48, 4, *ad legem Juliam magestatis*, C , 9, 8, id. Esta tradição é recolhida pelo *Código visigótico* (II, 1, 8), ainda com un sentido predomi-

composições internas sofridas pelo campo desde os textos romanos até à codificação iluminista.

Não se trata, aqui, de retomar uma história da dogmática da lesa-magestade, de resto já existente ¹¹⁵. Mas apenas de destacar as modificações dos traços distintivos do campo penal e, portanto, os conjuntos de condutas que ele sucessivamente cobriu ou deixou a outros campos. O que nos vai permitir revelar as matrizes sub-jacentes de identificação do delito político e, portanto, do próprio *político*.

A tradição (ibérica) medieval, no domínio da tipificação da lesa-magestade tinha perdido o sentido da especificidade dos delitos políticos contra o poder supremo. Enquanto que as fontes romanas tinham definido a lesa-magestade como uma ofensa à comunidade política —«illud est, quod adversus populum romanum, vel adversus securitatem eius committitur», D., 48, 4, 1; v. também, D., 48, 4, 3, definição mais antiga. As *Siete partidas* (VII, 2) incluem no mesmo título tanto a traição contra o rei como qualquer acto praticado com falsidade e vileza (VII, 2, 20). Em todo o caso, o texto distingue a lesa-magestade ou traição —contra o rei, ou seu senhorio ou contra o bem comum da terra— do aleive (contra outro homem). Note-se que, na traição, não se incluía a ofensa feita aos senhores, mas apenas aos «adelantados mayores del Rey, o de los consejeros hōrrados del Rey, o de los caballeros que son establecidos para guardar su cuerpo, o de los judgadores que han poder de judgar por su mandato, en su corte» (VII, 2, 1 *in fine*), com o que parece aderir-se a uma concepção que distingue o poder político do monarca dos poderes senhoriais.

No direito português, a primeira providência legislativa sobre a lesa-magestade, aparece com D. Afonso II (cf. *Ord. af.*, V, 2), numa lei em que a traição aparece confundida, quer com aleivosia (de acordo com o modelo que será o das *Partidas*), quer com a heresia (de acordo com uma aproximação que provém dos textos ro-

nantemente «estatalista», pelos textos de direito canónico (v. *Decretum*, II, C VI, q 1, c 22 [onde se recebe a const. *Quisquis*, C., 985, de Honório e Arcádio, sobre a conjura contra personalidades políticas importantes], *De poenit.*, D I, c 9) e, mais tarde, nas *Partidas* (VII, 2)

¹¹⁵ Sobre a lesa-magestade na tradição europeia de punição do crime político, v. SBRICCOLI, 1974.

manos do Baixo Império, depois retomada na distinção, feita por legistas e canonistas, entre lesa-magestade temporal e espiritual): «a saber, se os davanditos trabalharem em nossa morte, ou de nosso filho, ou de nossos parentes achegados, os quaees teemos que som parte de nosso corpo, ou em morte de seu senhor, ou ereges...» (*Ord. af.*, V, 2, 1). As *Ord. af.* (V, 2) continuam a ignorar a especificidade da ofensa ao rei, ao incluir no título da lesa-magestade a ofensa contra o senhor e o amigo, praticada com traição e vileza (*aleivosa*).

Ou seja, para toda esta tradição legislativa —acompanhada até tarde pela doutrina, pelo menos no que respeita à extensão da lesa-magestade às ofensas feitas ao senhor— os modelos de tipificação inculcavam uma imagem das relações políticas em que o laço rei-súbdito não era essencialmente diferente dos que ligavam os amigos entre si, o senhor e o vassalo ou mesmo o pai e o filho (alguns textos aproximam a lesa-magestade do parricídio)¹¹⁶. Imagem que remetia para uma matriz de legitimação complexa (pluri-dimensional) dos laços sociais, em que estes são ao mesmo tempo justificados pelos deveres da religião (note-se a aproximação entre lesa-magestade e heresia), da natureza e da piedade doméstica (v. a aproximação entre lesa-magestade e parricídio), da fidelidade feudal e da amizade. Os textos documentam, assim, como que uma progressiva regressão do conceito de «Estado», seguindo um caminho que, partindo dos textos «publicistas» do *Corpus Iuris*, passa pelas versões já menos nítidas das *Partidas*, até desembocar num estágio de surpreendente obliteração da especificidade do supremo poder e dos vínculos de dependência em relação a ele.

As *Ordenações* seguintes marcam a ruptura com esta matriz de classificação e o advento, neste plano, da consciência da espe-

¹¹⁶ A questão de saber se a ofensa aos senhores e aos magistrados constituía ou não lesa-magestade foi discutida até muito tarde, a maior parte dos autores respondia afirmativamente (base textual: D., 48, 4, 1 —*quis magistratus populi romani, quive imperium, potestatemve habeat, occidere*, v. também *Extr 2, 2 (Qui sint rebelles: contra nos et officiales nostros)*). Para a doutrina, FARINACCIUS, 1606, q. 112, ns. 176 ss. (no sentido de que o crime apenas cobria as ofensas *contra domini qui superiorem non recognoscant*); CABEDO, 1601, II, d. 82, n. 2; GÓMEZ, 1552, t. 3, c. 2, n. 11 (ambos no mesmo sentido)

cifidade do poder real. A lesa-magestade é agora um crime dirigido especificamente contra o poder supremo, embora a sua gravidade conheça gradações consoante o carácter mais ou menos directo, mais ou menos grave, da ofensa. Os familiares do rei contra os quais este crime pode ser cometido aparecem enumerados, ademais segundo certa hierarquização, correspondente à proximidade simbólica que mantêm com o poder eminente. Os conselheiros régios e os magnates deixam de aparecer entre os protegidos pela punição; o mesmo se passa com os senhores ou com oficiais subalternos, para os quais as *Ord. fil.* reservam outros tipos (v.g., tits. 48 ss.). Por outro lado, a lesa-magestade aparece agora claramente distinta da aleivosia, à qual aparece dedicado um título independente (tit. 37).

Em contrapartida, o poder supremo continua a ser concebido como intimamente relacionado com a pessoa do rei. Enquanto que os textos romanos falavam do *populus* ou da *civitas*, os textos medievais e modernos falam do rei, do seu corpo (realmente, sobretudo de um dos seus corpos, o físico), da sua família (hierarquizada segundo a proximidade do parentesco, cf. *Ord. fil.*, V, 6, 1 e 21), do seu palácio (como lugar especialmente protegido, *ibid.*, n. 24), da sua imagem (*ibid.*, V, 6, 8), da sua presença pessoal (*ibid.*, n. 7), das suas ordens directas e pessoais (*ibid.*, n. 22). A defesa da segurança colectiva ou da ordem pública é também contemplada (*ibid.*, ns. 2-6, 23-26); mas, no conjunto, o que sobreleva é uma concepção personalizada do poder, em que o crime político é configurado, não como uma ofensa à ordem política estabelecida, seja quem fôr que a actue, mas como uma ofensa à sua cúspide, representada pela pessoa física do rei. Enfim, o sujeito eminente da relação política continua a ser uma pessoa, dotada de características carismáticas, e não uma entidade política abstracta e difusa, servida por uma multidão de agentes e susceptível, portanto, de ser ofendida por condutas diversas, não necessariamente relacionadas com a pessoa física do soberano.

O modelo de tipificação do projecto de Pascoal de Melo rompe com estas duas tradições — a de «banalização» dos laços políticos rei-súbdito e a de uma concepção personalizada do poder.

Em primeiro lugar, a ruptura da fidelidade política é, desde o início, distinguida de outras formas de infidelidade (doméstica, religiosa, familiar): «a principal obrigação do súbdito é a fide-

dade; e por isso o maior crime que elle pode cometer, é a traição, e lhe chamo alta em differença dos crimes particulares; porque o amigo infiel a seu amigo e benfeitor, o criado ao amo, o clérigo ao seu bispo, e o subdito ao seu superior, não é tão criminoso, como aquelle, que o é à sua pátria» (*Cod.*, «Provas», 36/7).

Mas, por outro lado, o poder torna-se impessoal. A *república*, como um todo politicamente organizado (o «estado», o «imperio supremo», a «sociedade») torna-se no objecto do crime de traição. Quer quando se ataca directamente a organização fundamental («alta traição», *Cod.*, XIII), quer quando se atinjam as prerrogativas do soberano («lesa-magestade», tit. 14). Esta nova definição do tipo alarga o universo das condutas nele compreendidas. As ofensas aos magistrados —pelo menos aos magistrados «comisários»— tornam-se puníveis nesta sede (*Cod.*, XIII, 13-14). Mas também os atentados graves contra a ordem pública (sedição, tumultos; *Cod.*, XIII, 11-13)^{117 118}.

4. OS CRIMES CONTRA A ORDEM PÚBLICA —A VIOLÊNCIA

A punição da violência tinha uma longa tradição textual, desde os títulos 48, 6, *ad legem Corneliam de vi publica*, e 48, 7, *ad legem Corneliam de vi privata*, do *Digesto*. No entanto, esta distinção entre *vi publica* e *vi privata* partia, não da qualidade das pessoas ou valores ofendidos, nem das intenções da acção violenta, mas de certas características objectivas da acção (como, nomeadamente, a utilização de armas). Entre os casos de violência públi-

¹¹⁷ Outras características do regime da lesa-magestade substituição da antiga distinção entre «prima caput» e «secunda caput» pela distinção entre alta traição e lesa-magestade, tipificação mais rigorosa dos delitos, apesar de ainda se prever a imposição de penas «económicas» ou arbitrarias; abolição das penas cruéis, conservando, porém, as infamantes (no entanto, não transmissíveis)

¹¹⁸ Um crime que a tradição textual aproxima da lesa-magestade é a falsificação de moeda (D, 48, 10, 1, 13, integrando este crime no tipo mais geral dos crimes de falsificação); (C, 9, 24 que, em contrapartida, o encara do ponto de vista da ofensa da magestade imperial), para a tradição legislativa portuguesa, *Ord af*, V, 5, *Ord. man*, V, 6,1, *Ord fil*, V, 12; evolução no sentido da valorização dos aspectos políticos do delito. No *Cod.*, (tit. XXV), em contrapartida, encara-se o crime sobretudo do ponto de vista das suas consequências patrimoniais

ca estavam, por isso, arrumadas condutas tão diversas como o estupro, a violação de uma casa pela força, a usurpação violenta da posse, a convocação de homens armados para actos violentos, o abuso de poder por um magistrado. O traço comum de todos estes tipos parece residir na violação do monopólio «estadual» da força, como forma de garantir uma certa paz pública; punindo todos os actos que a violavam ou a colocavam em risco grave, quaisquer que fossem o estatuto ou a intenção dos autores. Assim, a tradição romana da punição da violência insinua uma matriz de classificação em que os delitos de violência contra pessoas privadas coexistem indistintamente com os delitos contra pessoas públicas ou contra as funções do soberano e dos seus magistrados como «mantenedores» da paz.

A tradição medieval portuguesa de punição da violência baseia-se, antes de mais, na legislação (muita dela respondendo a capítulos de cortes) que proscovia a vindicta privada ou que reprime os abusos dos senhores e dos clérigos (cf. *Ord. af.*, V, 36; 45; 50; 66; 76/77; 95/97; 106). Ao lado desta tradição «prática», existe também uma tradição «letrada» —baseada no *Cod. visigótico* (VIII, 1, *de invasionibus et direptionibus*: diversos tipos de violação do domicílio e de esbulho violento) e nas *Partidas* (VII, 10: «fuerça») — que adoptava a casuística das fontes romanas ao contexto politico-social medieval, dando um novo relevo aos tipos penais correspondentes às políticas régias de instauração da paz e de monopólio da força legítima —proscrição da violência nos juízos, repressão das «forças» dos clérigos, dos senhores e dos oficiais (sobretudo fiscais), regulamentação dos desafios das tréguas e pazes.

Em suma, o rei, como fonte da «justiça» (i.e., do equilíbrio da ordem social «espontaneamente estabelecida») impõe a sua «paz»; ou seja, proíbe qualquer ofensa desta ordem, sobretudo por meios violentos. Em rigor, ele não impõe *a sua ordem*; impõe *a sua paz*. E impõe-a sobretudo, contra os poderosos, aqueles que podiam utilizar os seus meios materiais para romper os equilíbrios sociais.

Nas *Ordenações* mais modernas, esta preeminência da paz real cede o lugar à preeminência da *ordem* real. Assim, entre as condutas puníveis como violentas, ganham relevo as ofensas aos oficiais (cf., *maxime*, *Ord., af.*, V, 91; 104; *Ord. man.*, V, 36; 75; *Ord.*

fil., 48/51). Enquanto que as violências contra as pessoas privadas, antes pertencentes a este «campo», passam a ser tratadas noutros contextos —v.g., a violação e o estupro, no conjunto dos crimes sexuais; a usurpação violenta da posse, no das medidas processuais de tutela da posse— e que a punição da vingança privada se torna cada vez menos enfática (salvo no que respeita ao duelo, *Ord. fil.*, V, 43), vários títulos são dedicados às ofensas ao corpo ou à honra dos magistrados e dos oficiais, camada que, agora, tornava visível a *ordem real*.

A esta emergência institucional-burocrática da ordem política real corresponde, no plano doutrinal, uma *reinterpretatio* da distinção romana entre violência «pública» e «privada». Sintomática, a definição de violência pública dada por Cujacius e transcrita numa edição muito conhecida do *Digesto*¹¹⁹ —«quæ contra ius infertur personis publicis, qui imperium et potestatem habent», ainda que acrescente «ad alias tamen personas pertinet, qui vim cum armis inferunt». Ou seja, a violência torna-se mais grave, não já (não apenas) quando se manifesta pelo uso de armas, mas também quando é «sediciosa», isto é, dirigida contra um magistrado público ou ofensiva da ordem política superior.

A organização deste campo dos crimes de violência aparece totalmente modificada no projecto de Pascoal de Melo (tits., 16-24). Agora, o grande eixo de classificação é já, de todo, o que distingue a violência «pública» —concebida como «violência atroz, cometida com dolo mau, com armas ou sem armas, contra a segurança pública, por pessoa pública ou contra pessoa pública, ou em lugares decorados com um especial carácter sagrado» (*Inst. iur. crim.*, IV, 1)— da violência «privada», tratada noutros «campos», como o das injúrias e do dano. Como eixo secundário de classificação, o carácter individual ou colectivo da conduta. Em contrapartida, o uso ou não de armas perde toda a importância (cf. *Cod...*, XVII, 19). A acusação de confusão, dirigida ao direito anterior, por ele incluir num mesmo campo condutas essencialmente diferentes, reflete justamente esta nova matriz de organi-

¹¹⁹ *Corpus iuris civilis*, éd. DIONISIUS GODOFREDUS, Colonia Allobrogum, 1615, ad rubr. tit. 48, 6 e 48, 7 GÓMEZ 1552, em contrapartida, mantém-se fiel ao critério romano (v III, cap IV, pg. 76)

zação tipológica e conceitual do campo. A punição da violência torna-se, assim, na outra linha de protecção da ordem política, complementar da lesa-magestade. Nas *Institutiones*, tudo isto se torna ainda mais claro; pois se torna visível como é pela incriminação como violência que se punem os atentados à ordem pública que o não podem ser como alta-traição ou lesa-magestade (tumultos, simples e sediciosos, reuniões clandestinas, resistência aos oficiais, libertação de presos, etc.) (cf. *Inst. iur. crim.*, IV, 4 ss.).

Por outro lado, confirma-se a tendência para identificar a ordem política com a defesa das prerrogativas dos funcionários. A maior parte dos títulos desta secção do *Código...* refere-se às ofensas feitas aos magistrados ou à usurpação da sua jurisdição.

Em suma. Também neste plano, a punição da violência pública completa a garantia da nova ordem política «estatal», fundada, não já sobre a protecção —nomeadamente contra actos de força— dos equilíbrios sociais espontâneos, mas sobre a existência e impacto social de um aparelho burocrático e administrativo encarregado da *disciplina* da sociedade, agora *civil*¹²⁰.

5. CRIMES CONTRA AS PESSOAS — A HONRA

No direito romano, todos os valores pessoais não patrimoniais estavam protegidos pela punição das injúrias (v. D., 47, 10, *De iniuriis et famosis libellis*). As injúrias eram perseguidas por uma *actio poenalis* (*actio iniuriarum*). Apesar da tendência pós-clássica para a punição criminal de certas categorias de injúrias, o sistema romano tendia a tratar as injúrias sobretudo do ponto de vista dos interesses meramente individuais, compensáveis pela indemnização (*poena*). Por outro lado, a indemnização não cobria senão os danos morais, mesmo no caso de ofensa corporal (pois *in homine libero corpore nulla corporis aestimatio fieri potest*, regra fundada em D., 9, 3, 1, 5 e 9, 3, 7).

¹²⁰ Na sistemática do projecto de Pascoal de Melo, aos crimes de violência seguem-se os «crimes políticos», no sentido de crimes «que perturbam a ordem pública e a economia» [= « direcção do governo interno da sociedade »]: armas de fesas (t 23), caça e pesca defesas (t 24), vadios (t 25), jogos e teatros (t 26), luxo (t 27), contrabando (t 28), delitos edilícios (t 29).

Estes traços do regime romano das injúrias pesaram sobre o sistema medieval ¹²¹ e moderno. O direito comum segue esta mesma via «privatizante», ao classificar as injúrias como um delito privado ¹²², e ao preferir, no plano da ênfase doutrinal, a acção penal civil à acção criminal. Em Portugal, a opinião dominante era a de que as injúrias não verbais deviam ser intentadas pela via criminal ¹²³: mas a pena (pecuniária [arbitrária]) revertia sempre para o ofendido.

Na prática, o móbil de muitas acções de injúrias era, decerto, o interesse económico. Mas, na imagética dos textos, a *actio iniuriarum* não prosseguia recompensas pecuniárias, pois «a honra não se paga». As fórmulas de estimação da indemnização constituem, então, prodígios de retórica que visam avaliar o inavaliável —«antes queria ter perdido ou não ter ganho tal soma do que ter sofrido esta injúria» ¹²⁴. Por outro lado, a honra não é, de modo algum, um bem puramente individual. Na sociedade, organizada corporativamente, existem grupos de pessoas de tal modo ligadas que a ofensa feita a uma se reflecte no património moral das outras; é o que se passa com a comunidades doméstica, pelo que as injúrias feitas à mulher ou aos filhos eram consideradas como feitas ao pai (fonte textual, D., 47, 10, 1, 3); mas a doutrina tinha identificado outros círculos do mesmo tipo.

Enfim, o regime de punição das injúrias, com a latitude que esta tinha no direito comum, reflecte bem a extensão e hierarquias da ideia de honra na sociedade antiga, medieval e moderna.

As *Ordenações* portuguesas não se ocupam *ex professo* das injúrias (não corporais) ¹²⁵, recebendo, por isso, de forma implíci-

¹²¹ As *Partidas* seguem de perto os textos romanos (VII, 9), em Portugal, os forais tipificam algumas formas de injúria e fixam para elas as respectivas penas pecuniárias. No plano legislativo, sabemos —por uma lei de 1335 (*Ord. af.*, V, 59, 1)— que, por essa época, a *actio iniuriarum* constituía uma novidade («que elles [os homens] novamente usavam as ditas injurias, o que nos nossos Regnos nom era acostumado»), a que as pessoas recorriam com tanto gosto que o rei teve que a dificultar.

¹²² V GÓMEZ, 1552, t III, ch 6.

¹²³ V PEGAS, 1669, V, ad 1, 6, 25, n 3, p 74.

¹²⁴ V por todos, GÓMEZ, 1552, III, ch 4, n 7, p. 86.

¹²⁵ Excepções injúrias aos co-litigantes e aos oficiais de justiça (*Ord. fil.*, V, 42, 50) e escritos infamantes (*ibid.*, V, 84).

ta, o sistema do direito comum. A imagem da honra aí contida projecta-se, então, sobre o direito português e, por intermédio deste, sobre a própria sociedade. O mesmo se passa com o regime «privatista» da punição. Longe de se comprometer na vingança da honra de cada um, estabelecendo punições «públicas», «criminais», a coroa deixava subsistir o sistema de indemnização «privada», canalizando todos os seus esforços no sentido de evitar meios violentos de reparação, como o duelo ou a vingança privada.

No *Codigo...* (t. 35), a principal novidade consiste na punição pelo encarceramento e multas a favor de obras pias, que substitui a indemnização privada. A honra individual torna-se num bem público, garantido pelo Estado. O confronto com a longa tradição «privatista» antes referida não deixará de salientar a importância da ruptura ideológica que agora se efectua.

Mas, ao mesmo tempo, a protecção efectiva da honra é enfraquecida. Por meio de uma estratégia múltipla, o Estado procura reduzir a perseguição judicial dos pontos de honra. Na verdade, com a supressão das penas pecuniárias a favor do queixoso, este deixa de tirar proveito das vantagens económicas que a anterior *actio iniuriarum* lhe trazia. Por outro lado, certas condutas antes consideradas altamente ofensivas —como as bofetadas, chamar alguém por uma alcunha, apontar defeitos físicos reais— são banalizadas do ponto de vista da sua carga injuriosa (cf. *Cod.*, XXXIV, 19-20; «Provas», p. 112). Finalmente, a honra tende a tornar-se numa questão puramente pessoal e intransmissível, insusceptível de ser vingada por outrem (com excepção do marido, em relação às ofensas feitas à mulher e aos filhos, *Cod.*, XXXV, 1-2).

6. CRIMES CONTRA AS PESSOAS — O CORPO

Salvo no que respeita ao homicídio, a tradição textual dos crimes contra as pessoas provém dos textos romanos relativos às injúrias (nomeadamente, de D., 47, 10, *De iniuriis et libellis famosis*).

As ofensas corporais eram, portanto, tratadas, no direito romano, como uma espécie das injúrias (*iniuria facto data*), pelo que para elas vale tudo quanto antes foi dito, quer sobre a natureza «simbólica» das ofensas, quer sobre o carácter privatista da punição.

Pelo que respeita ao primeiro aspecto, é interessante destacar que, apoiada num texto singular do *Digèsto* (D., 47, 10, 15, 1), a doutrina do direito comum pune duramente condutas que, do ponto de vista da ofensa física, eram quase irrelevantes —como as bofetadas ou mesmo a ameaça de as dar¹²⁶. Como também pune com dureza a deformação do rosto («dar cutilada no rosto», *Ord. fil.*, V, 35, 7), pois neste se reflectia a formosura de Deus. O que nos leva a uma conclusão mais geral.

O corpo, durante todo o período do direito comum, foi considerado como um apêndice ou suporte da honra. Por isso, as ofensas infligidas ao corpo eram apenas encaradas —salvo nos casos extremos— como atentados à consideração social devida. Daí que, por um lado, as consequências físicas das feridas não fossem, em princípio, consideradas para a fixação da indemnização¹²⁷; como, por outro lado, à mesma ofensa podiam corresponder punições diferentes, *considerata dignitate personæ inferentis injuriam et eam recipientis*, como no regime geral das injúrias.

Pelo que respeita ao carácter «privatista», o regime das ofensas corporais não se libertou facilmente deste traço típico do regime das injúrias. Assim, a tradição legislativa peninsular confirmava esta tendência. As *Partidas* (VII, 6) incluíam as feridas nas injúrias, punindo-as pelo estabelecimento de uma *poena* a favor do ofendido. Uma lei portuguesa da segunda metade do séc. XIV (cf. *Ord. af.*, V, 32) estabelece uma punição «criminal» para todas as feridas dolosas, o que, no contexto, era notável; mas as *Ord. af.* (V, 32, 4) voltam ao sistema do direito romano; no que são segui-

¹²⁶ Para a doutrina dominante, dar bofetadas constitui mesmo uma injúria atroz, que dava lugar a uma pena arbitrária, «até à morte, de acordo com a pessoa que comete a injúria ou que a recebe» (v. JUAN DE AYLON LAYNEZ, comentário a GÓMEZ, 1552, III, ad cap 4, n.º 5, p. 91) Para Portugal, v. a lei de 15-1-1652

¹²⁷ A base textual era uma já citada lei do *Digèsto* D, 9.3.7 «*cicatrix autem aut deformitas nulla fit æstimatorio quia liberum corpus nullat recipit aestimationem*». Mas a doutrina do direito comum introduzira uma excepção muito importante —devia estimar-se a cicatriz ou deformidade causada a uma reparação não casada, aos escravos (e aos animais), pois nestes casos a integridade física tinha um valor económico (v. GÓMEZ, 1552, III, ch. 4, n.º 12, pg. 88). A doutrina mais moderna (ZASIVS, COVARRUVIAS, FARINACCIUS, ANTONIO GÓMEZ) tendia a valorizar, por meandros dogmáticos mais ou menos especiosos, estas consequências físicas permanentes dos ferimentos.

das pelas seguintes que, todavia, estabelecem sanções «criminais» para as feridas «atrozes».

Os critérios de classificação das feridas são, também, interessantes, sobretudo se confrontados com os do projecto de Pascoal de Melo. Com efeito, para a determinação da atrocidade das feridas são relevantes: a intenção do agente (*v.g.*, ferir a soldo, *Ord. fil.*, V, 35, 3), o local da ferida (*v.g.*, a face, *ib.*, V, 35, 7), o lugar do delito (*v.g.*, o palácio real, *ib.*, V, 39, 2), a arma utilizada (*v.g.*, as armas de arremesso, *ib.*, V, 35, 4), a qualidade do ofendido (*v.g.*, o pai, o oficial, o companheiro de prisão, *ib.*, V, 41, 1; 6, 25; 35, 6). Em contrapartida, a gravidade física ou fisiológica das feridas não interessa para a fixação da pena civil¹²⁸. O que confirma o que já se disse sobre a imagem implícita do corpo na antropologia cultural medieval e moderna. Os critérios da valorização das ofensas —e, portanto, dos valores corporais atingidos— não se relacionam com uma concepção fisiológico-funcional do corpo, mas, antes, com várias hierarquias simbólicas sobrepostas, umas provindas dos usos culturais do corpo, outras de antigas tradições textuais (como, *v.g.*, a da especial punição das ofensas feitas com arma de arremesso, que provém das Decretais, V, 15, *De sagitariis*).

No *Código* (t. 34), as feridas tornam-se num objecto criminal autónomo, ainda que vizinho do seu «campo» de origem, as injúrias (t. 35). A pena já não consiste numa multa a favor do ofendido, mas numa sanção «criminal» —galés, trabalhos públicos, prisão—, à qual se juntava a indemnização civil. Afinal, o mesmo movimento de «publicização» com que nos havíamos deparado nas injúrias.

Para além disso, o corpo torna-se objecto de uma nova valorização, desta vez dominada por critérios fisiológicos e funcionais (§§ 1-7). As feridas são graduadas pela sua gravidade: mortais, perigosas, que provoquem deformação ou perda de membro ou, fi-

¹²⁸ Na doutrina do direito comum, encontram-se referências à *vulneris magnitudo*, como critério de agravamento da injúria, na esteira de D., 47, 10, 8 —«*Vulneris magnitudo atrocitatem facit, & nonnunquam locus vulneris, veluti oculo percusso*», mas recebem muito mais atenção os elementos simbólicos, enumerados logo no texto seguinte do Digesto (D., 47, 10, 9), tanto mais que o já citado D., 9, 3, 7 expressamente excluía a avaliação da gravidade da ferida.

nalmente, feridas simples. Os valores propriamente corporais ganham uma dimensão jurídico-penal autónoma. O corpo, como organismo e como instrumento (de trabalho, nomeadamente), adquire uma dignidade própria, não se limitando mais a ser um suporte de valores simbólicos¹²⁹. Em todo o caso, as bofetadas (§ 18) continuam a ser mais punidas do que o espancamento (§ 17).

7. CRIMES CONTRA A VERDADE

Os crimes de falso tipificavam, desde a época romana, os atentados à verdade das coisas — *falsitas est delictum publicum, quod committitur quando quis sciente et dolose mutat substantiam veritatis in praeiudicium alterius*¹³⁰. Não se trata, evidentemente, de uma protecção global a uma qualquer verdade. Em cada época, no entanto, o poder deve garantir, no mínimo, que *certas coisas são o que parecem ser*.

No direito romano, esta protecção dos limites mínimos do verdadeiro era garantida pela punição do crime de falso. A principal fonte era o título 48, 10, de *lege Cornelia de falsis et de senato consulto Liboniano* do Digesto¹³¹, fonte da maior parte da doutrina e legislação medieval e moderna sobre o tema. Assim, as *Partidas* (VII, 7) seguem de perto a casuística e tipificação do testamento que domina o título do Digesto, apesar de bastante mais libertas da temática da falsificação do testamento que domina o título do Digesto e mais atraídas por uma outra perspectiva sobre o mínimo de verdade que deve ser garantida pelo poder.

As *Ordenações* portuguesas¹³² recolhem a casuística romana,

¹²⁹ Para o homicídio, v. tít. 30-32.

¹³⁰ A GÓMEZ, 1555, ad l. 83 *finalem*, pg 337

¹³¹ A casuística do título é dominada pela falsificação do testamento; mas encontram-se nele outros tipos de falsificação: julgamento contra o direito (D., 48, 10, 3), falsificação de documentos (*ibid.*, 4), entrega abusiva de documentos (*ibid.*, 6), falsificação de moeda (*ibid.*, 10), uso de nome falso (*ibid.*, 13), venda de justiça (*ibid.*, 21), venda dupla da mesma coisa (*ibid.*, 21), parto suposto (*ibid.*, 19, 1), redação de documento não correspondente à vontade das partes (*ibid.*, 14-15), etc.

¹³² *Ord. af.*, V, 37, 38, 39, 40, 82, 38, 39, 55, 89, 60, 31, IV, 32, 1, 2, *Ord. man.*, V, 7, 8, 9, 86, 64, 65, 95, 56, 59, 62, *Ord. fil.*, V, 52/59, 64/67, 76, 71/74

desenvolvendo-a num sentido já perceptível nas *Partidas*. Em primeiro lugar, a verdade dos aparelhos «proto-burocráticos» do poder ganha um relevo e uma dimensão desconhecidos até aqui: uma parte muito importante de campo gira em redor das «falsificações» —com o sentido alargado que o termo aqui recebe— cometidas por oficiais. O poder garante a verdade dos actos, dos escritos, dos testemunhos, dos selos, do saber dos oficiais. Pois todos estes elementos —mas, antes de tudo, os escritos dotados de fé pública— são, por sua vez, a garantia dos actos de comunicação com o poder (ou perante o poder) ¹³³. Em contrapartida, a verdade dos escritos particulares (a comunicação entre particulares) não é quase nunca protegida; a única excepção é constituída pela punição (com pena arbitrária) da violação de cartas particulares (*Ord. fil.*, V, 8, ult.).

A seguir, neste domínio da «verdade garantida», aparece a verdade da identidade pessoal; não somente da identidade familiar, mas também da identidade «estatutária». A punição dos partos supostos (*Ord. fil.*, V, 55, pr.) e da apropriação de nomes e de títulos ou brasões (*ib.*, V, 92) garante a primeira, enquanto que a proibição de usar (ou não usar) trajos «estatutários» (de clérigo, hábitos de ordens militares) (*ib.*, V, 93-94) protege a segunda. Note-se que, em rigor, a verdade da identidade «pessoal» não era garantida, pois não se encontra nenhuma pena para aquele que forge uma identidade ¹³⁴.

Um outro domínio da verdade garantida é o da verdade das coisas, ou melhor, de certas coisas estratégicas no seio das relações sociais medievais e modernas: a moeda (*Ord. fil.*, V, 12), os metais e pedras preciosas (*ib.*, 56), os géneros alimentícios (*ib.*, 57; 59), as medidas (*ib.*, 58), a terra (*ib.*, 67). Certas limitações ao uso das coisas que aparecem neste «campo» dos crimes de falso —como a proibição de comprar cereais (ou pão) para revender

¹³³ Note-se que a verdade dos escritos apenas é protegida no caso de escritos garantidos pelo poder —cartas do rei, de conselheiros, de cidade ou concelho, documentos notariais ou de escrivães públicos

¹³⁴ Com efeito o tit 32 visa a protecção de interesses honoríficos e linhagistas, como se pode ver do seu intróito. Com base em textos doutriniais, o direito do séc XVIII começa a garantir também a verdadeira identidade (v MELO, 1789b, V, 8)

—relacionam-se com esta salvaguarda da verdade das coisas. Uma verdade que não se refere apenas ao seu valor de troca, mas também ao seu valor de uso, segundo a ética económica do tempo: o pão (revestido na imagética popular de uma dignidade quase sagrada) serve para consumir, não para especular.

Protegida, também, a verdade de certos negócios; de onde decorre a punição da dupla venda da mesma coisa (*Ord. fil.*, V, 65) ou da falência fraudulenta (*ib.*, 66).

A lógica subjacente aos títulos do *Código* sobre o crime de falso manifesta algumas modificações interessantes.

O traço mais importante é o facto de que o lado económico do crime de falso se torna mais evidente, ou mesmo decisivo. Não se trataria apenas (ou sobretudo) de uma ofensa à verdade, mas ainda de um desejo de realizar um lucro ilegítimo, causando prejuízos a outrem. Esta mutação de perspectiva traz consigo algumas consequências. Por um lado, uma nova consciência da proximidade entre falso e furto; proximidade que se manifesta, quer pela transferência para o «campo» do furto de certos tipos até aí tidos como de falso (como a falsificação de medidas, *Cod.*, «Provas», 125), quer pelo facto de o falso ser, em geral, punido como furto (*Cod.*, XXXVIII, 1 ss.). Por outro lado, esta ligação mais estreita entre falso e prejuízo leva a que não sejam punidas as falsificações que não originem prejuízos (*v.g.*, o uso de nomes falsos, se daí não resultar prejuízo de terceiro, *Inst. iur. cr.*, V, 8).

Um outro traço característico do novo tratamento do falso não representa senão o desenvolvimento de uma tendência já encontrada na análise de outro campo. Refiro-me à importância crescente atribuída aos crimes dos magistrados e, em geral, dos oficiais (*cf.* *Cod.*, XLIII e XLIV; *v.*, já, *Ord. fil.*, V, 71, pr.). Se aqui se reflete o papel político cada vez mais decisivo do aparelho burocrático (ou «proto-burocrático»), não se reflete menos uma política da coroa visando a redução do poder autónomo desta nova camada que, apoiada nos seus privilégios e, sobretudo, no seu domínio dos circuitos da comunicação política (e, portanto, dos instrumentos de governo), desviavam a seu favor as prerrogativas —e, também, os rendimentos— do soberano ¹³⁵.

¹³⁵ A inclusão dos crimes dos oficiais no campo dos crimes de falso aparece-nos, hoje, como totalmente arbitrária; ela explica-se, no entanto, por uma tra-

8. CRIMES CONTRA O PATRIMÓNIO

O sistema moderno nos crimes contra o património é fortemente estruturado pela tradição textual romana.

No direito romano, as ofensas ao património davam lugar a acções privadas dirigidas à indemnização do ofendido (*actio furti*, *actio iniuriarum*, *actio legis Aquiliæ*, a que correspondiam os três grandes «campos» dos crimes de incidência patrimonial: furto, dano e inúrias). O carácter fundamentalmente «privatista» destas acções e dos interesses que elas protegem exprime-se ainda na oposição entre *delicta* —que davam lugar a *actiones poenales*— e *crimina* —que originavam um *publicum iudicium*, sob a forma de uma *quæstio*. Em certos casos, o aspecto público do delito (v.g., pelo carácter violento da conduta que produzia o dano) levava a uma agravação da pena (pena quádrupla) ¹³⁶.

As sanções «criminais» que se encontram no sistema moderno de punição dos delitos contra o património documentam uma progressiva «publicização» do campo, já detectável em textos jurídicos pós-clássicos, justinianeus e alto-medievais ¹³⁷.

Por este motivo, enquanto que o direito romano clássico tendia a considerar o furto sobretudo como um delito privado, tratando-o com medidas «civilistas» (*poena* privada, ainda que de

dição textual proveniente, como se viu, do direito romano. responsável por esta arrumação era também a atracção exercida pelo tipo criminal mais antigo e mais típico desta administração que, progressivamente, se apoiava sobre a escrita —a falsificação de documentos.

¹³⁶ Era o que se passava nos casos de roubo (furto violento, D , 4, 2, 14, 12), do furto cometido durante naufrágio ou incêndio (D., 47, 9), dos danos causados por bandos de salteadores ou das extorsões praticadas pelos colectores de impostos (D , 39, 4, 1, 4).

¹³⁷ V D 47, 2, 92, Ulpianus «nunc furti plerumque criminaliter agi quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam », mas, sobretudo, a Nov 134, em que o roubo violento aparece equiparado às violações da paz imperial, e a constituição fredericiana *De pace tenenda* (*Lib , feud , II, 27*), em que são enumeradas e punidas (com a morte pela força) todas as violações da paz, entre as quais o furto de coisa de valor superior a 5 soldos. Também o direito canónico previa punições «criminais» para o furto (de coisas sagradas) E os direitos costumeiros medievais continham disposições semelhantes que realçavam o carácter «criminal» do furto e a natureza pública da sua sanção

duplum ou de *quadruplum*), o direito comum medieval encara-o, predominantemente, como uma ofensa à paz, cumulando a pena civil com uma sanção criminal (pena de morte, corte de membro, flagelação). Como dizem as *Partidas* (VII, 14, 17): «tornar... la cosa furtada... pechar quatro tanto como aquello que valia... Otrosi deuen los judgadores... escarmentar los furtadores publicamente cõ feridas de açotes».

O crime de furto aparece, assim, fortemente atraído pelo de violência, este último claramente tingido por conotações publicistas. Tanto como à defesa do património, a punição do furto liga-se à manutenção da paz pública. E, assim, as circunstâncias que agravam a pena não se relacionam, em geral, com o valor da coisa roubada, mas com a gravidade da ofensa da paz ¹³⁸.

Em Portugal, existia uma tradição antiga de punição criminal do furto ¹³⁹. Nas *Ord. man.* (V, 37) estabelece-se o regime que se vai manter durante os séculos seguintes (*Ord. fil.*, V, 60): o furto é sempre objecto de uma punição criminal, agravada no caso em que se verifiquem circunstâncias especiais, já previstas pelo direito comum clássico (reincidência, coisa ou lugar sagrado, valor da coisa) ¹⁴⁰. Com esta consideração autónoma do valor da coisa (decerto importada da citada const. *de pace tenenda*), o furto ganha, do ponto de vista dos valores protegidos, uma completa autonomia relativamente à violência. O património e a sua defesa são, agora claramente, objectos autónomos de protecção cri-

¹³⁸ A classificação do *furtum magnum* como furto qualificado é problematizada pela doutrina. A. GÓMEZ, v.g., reaga contra esta equiparação (que tinha, de resto, uma base textual muito frágil) do furto de coisa valiosa ao furto continuado pois «impõe-se a pena de morte em função da frequência do delito e não em função da sua grandeza» (GÓMEZ, 1552, III, ch 5, n.º 8, pg. 89); esta era, ainda, a opinião de grande parte dos juristas modernos (L. MOLINA, *De iustitia et de iure*, III, d. 695, n.º 90; FARINACCIUS, 1606, qu. 267, n.º 47) Em todo o caso, a *opinio communis* dos juristas da baixa idade média era favorável à consideração do valor da coisa roubada

¹³⁹ Cf *Ord. af.*, V, 65

¹⁴⁰ Um caso especial de agravamento, não estabelecido expressamente na nossa lei, mas previsto na tradição textual do direito romano, era o do furto *improbissimus* ou *plus quam improbissimus*, praticado nas estradas por bandoleiros («ladrões famosos», *grassatores, latrones famosi*); e, ainda, o furto de gado (D , 47, 14, 1; *Partidas*, VII, 14, 19), ambos punidos com a morte.

minal, embora apareçam, neste campo, critérios de tipificação que remetem ou para a protecção de outros bens —nomeadamente, valores religiosos (*Ord. fil.*, V, 60, 4) ou a paz (*ib.*, V, 60, 1; V, 61)— ou para antigas tradições textuais —v.g., a da especial punição da treincidência, por atracção da punição criminal, no direito romano, dos *latrones famosi*.

O *Codigo...* representa a consumação desta tendência para a autonomização e progressiva hegemonia da protecção dos valores patrimoniais sobre todos os outros. Autonomização e hegemonia, cujas manifestações são as seguintes. Em primeiro lugar, a importância determinante do valor da coisa como critério de tipificação (*Cod.*, XXXVI, 2-5). Depois, a força polarizadora do tipo penal «furto» sobre outros tipos que, ainda que incluíssem também ofensas a valores patrimoniais, eram antes encarados sobretudo do ponto de vista de outros valores (v.g., a usura, o roubo de coisas sagradas, o cerceamento de moeda). Agora, eles são considerados, sem mais, como espécies de furto, com isto se manifestando a supremacia que os valores patrimoniais (digamos, a defesa da propriedade privada) vão adquirindo na valoração penal.

Esta nova valorização dos interesses patrimoniais tem também consequências sobre o regime penal do dano. Enquanto que, para o direito romano e para o direito comum ¹⁴¹ a produção de danos não tinha senão consequências «civis» (indenização), o *Cod.* (XXXII e XXXVII) estabelece sanções «criminais» para toda a conduta dolosa que provoque prejuízos a outrem.

9. CONCLUSÃO

Neste ensaio de identificação de alguns dos traços mais relevantes dos códigos ideológicos que presidiram à tipificação jurí-

¹⁴¹ O dano ilícito (*damnum iniuria datum*) —doloso ou culposo— era, no direito romano, um delito, dando lugar a uma *actio poenalis* (cf D'ORS, 1973, 382 ss.). Algumas hipóteses particularmente graves de dano doloso eram, no entanto, configuradas como *crimina*. assim, o dano causado com violência, o causado durante calamidade pública, ou o causado por publicanos. Semelhante é a orientação do direito comum e, logo, das *Partidas* (VII, 13-15). As *Ordenações* são, em geral, omissas quanto ao dano, remetendo, por isso, para o direito comum. V., em todo o caso, *Ord. fil.*, IV, 57, V, 79, 86, 87

dico-penal e à organização dos vários «tipos» penais em «campos» estruturados, procurámos situar a análise *no plano do discurso* (e não *no plano das ideias* dos seus autores). O que nos permite atingir um nível «anterior» àquele a que, normalmente, se dirige a «história das ideias» penais. Na verdade, esta ocupa-se das formulações manifestas e conscientes de cada autor; ao passo que uma descodificação ideológica de textos identifica o impensado valorativo que o próprio texto carrega no seu bojo e que exprime (e, ao mesmo tempo, estabelece) como que o horizonte axiológico possível dos seus autores —do seu grande Autor colectivo, como outros preferem dizer.

As matrizes de classificação e de valoração atingidas são, portanto, entidades trans-individuais que modelam, ao nível do impensado, cada manifestação discursiva. Se não se tratasse de discursos produzidos no seio de uma prática discursiva socialmente situada —decorrente, isto é, de formas limitadas e sectoriais de aculturação—, poder-se-ia dizer que, por esta forma, se atingiam as categorias antropológicas da sociedade medieval e moderna. De qualquer modo —e ainda que a estrutura particular do campo de produção do discurso jurídico aí provoque algumas distorções—, existem certamente laços muito fortes entre estes códigos axiológicos dos juristas, provenientes do seu *habitus* intelectual e revelados pela análise do seu discurso, e os contextos ideológicos da sociedade, no seu conjunto. Por isso, esta empresa analítica pode, a meu ver, ser integrada numa linha de orientação da mais recente história do direito, que coloca a análise da dogmática jurídica (de epistemologia impensada dos juristas) ao serviço de um estudo antropológico da sociedade moderna¹⁴². E, assim, tanto as matrizes de tipificação de cada crime —a qualidade dos autores ou das vítimas, as características da conduta, o lugar e o tempo, a natureza ou qualidades do objecto ofendido— como os valores com que tais crimes são relacionados —a religião (*verdadeira* ou *estabelecida*), o poder, a moralidade, a honra, o património, a verdade, a paz, permitiriam um olhar sobre as categorias mentais europeias e a sua evolução, durante esse período-charneira que é a época moderna.

A. M. HESPANHA

¹⁴² V. CLAVERO, 1985.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- RAFFAELE AJELLO, 1976, *Arcana iuris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Napoli, 1976.
- RAFFAELE AJELLO, 1985, «Continuitá e trasformazione dei valori giuridici: dal probabilismo al problematicismo», *Rivista storica italiana*, 97.3 (1985), 884-930.
- MARIA PAZ ALONSO, 1982, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1982.
- ANTONIO CARDOSO DO AMARAL, *Summa seu praxis iudicum*, Ulyssipone, 1610 [ed. util. *Liber utilissimus iudicibus et advocatis*, Conimbricæ, 1740].
- MANUEL BARBOSA, 1618, *Remissiones doctorum de officiis publicis jurisdictione, ordine judiciario, contractibus, ultimis voluntatibus, & delictis*, Olyssipone, 1618; ed. cons. Conimbricæ, 1730.
- L. BERLINGUER (ed.), 1986, *La «Leopoldina». Criminalità e giustizia criminale del settecento europeo*, Siena, 1986, 3 vols. (pre-print das actas do congresso).
- PIERRE BOURDIEU, 1976, «Le champ scientifique», *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2-3 (1976), 88-104.
- PIERRE BOURDIEU, 1980, *Le sens pratique*, Paris, 1980.
- PIERRE BOURDIEU, 1984, *Homo academicus*, Paris, 1984.
- JORGE DE CABEDO, 1601, *Practicarum observationum sive decisionum supremi senatus regni Lusitanæ*, Olyssipone, 1602-1604; ed. cons. Antuerpiæ, 1620.
- GREGORIO MARTINS CAMINHA, 1549, *Tratado da forma dos libellos...*, Coimbra, 1549.
- MANUEL MENDES DE CASTRO, 1619, *Practica lusitana*, ed. cons. Conimbricæ, 1696 (1.ª ed., 1619).
- BARTOLOME CLAVERO, 1985, «Historia y antropología. Por una epistemología del derecho moderno», *I seminário de história del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, 1985. *Código criminal* [por PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE] ed. MIGUEL SERTARO, 1823; ed. FRANCISCO FREIRE DE MELO, 1823; (ed. citada) ed. Imprensa da Universidade de Coimbra, 1844. *Collecção chronologica de leis extravagantes* [«Collecção da legislação antiga e moderna...»], ed. cons. Coimbra, 1819 (cit., C L.E.).
- JAIME DE CORELIA, *Practica de confessorario...*, Coimbra, 1744.
- EDUARDO CORREIA, 1977, «Estudo sobre a evolução das penas no direito português», *Bol. Fac. Dir. Coimbra* 53 (1977) 75 s., 88 s., 99 s.
- JOÃO MARTINS DA COSTA, 1622, *Domus Supplicationis curiæ Lusitanæ stylique Supremi Senatus consulta*, Ulyssipone, 1622; ed. cons. Civitas Virginis, 1745.
- DE LA CROIX, 1778, *Reflexions philosophiques sur l'origine de la civilisation*, 1778.
- GUILHERME BRAGA DA CRUZ, 1976, «O movimento abolicionista e a abo-

- lição da pena de morte (Resenha histórica)», *Bol. min. justiça*, 170-172 (1976).
- ALVARO D'ORS, 1973, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, 1973.
- LUIS MIGUEL DUARTE, 1986, «Justice et criminalité au Portugal au moyen âge et au début de l'époque moderne —les traces, les silences, les problèmes», em L. BERLINGUER (ed.), 1986, 2321-2332.
- DUMONT, 1784, *Plan de législation criminelle*, 1784.
- PROSPERO FARINACCIUS, 1606, *Praxis, et theoricæ criminalis...*, V partes, ed. cons. Lugduni, 1606.
- VITOR FAVEIRO, 1968, «Melo Freire e a formação do direito público nacional», *Bol. Dir. Geral Contribuições e Impostos*, 109 (1968), 7-69 et 110 (1968) 71-97.
- MANUEL LOPES FERREIRA, 1730, *Practical criminal...*, Lisboa, 1730-3.
- SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, 1841, *Memória sobre a administração da justiça criminal*, Lisboa, 1841.
- OTTO FISCHL, 1913, *Der Einfluß der Aufklarungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts in Doktrin, Politik und Gesetzgebung...*, Breslau, 1913 (reimpr., 1973).
- MICHEL FOUCAULT, 1969, *L'archéologie du savoir*, Paris, 1969.
- MICHEL FOUCAULT, 1975, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975.
- BAPTISTA FRAGOSO, 1641-1652, *Regimen reipublicæ christianæ*, ed. cons. Coloniae Allobrogum, 1737.
- PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, 1789a, *Institutiones iuris civilis lusitani*, Ulyssipone, 1789; ed. cons. Conimbricæ, 1853.
- PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, 1789b, *Institutiones iuris criminalis lusitani*, Ulyssipone, 1789; ed. cons. Conimbricæ, 1853.
- FELICIANO DA CUNHA FRANÇA, 1765, *Additiones aureæque illustrationes ad... Praticæ lusitanæ Emmanuelis Mendes de Castro*, Lisbonæ, 1765.
- ANTONIO GÓMEZ, 1552, *Variæ resolutiones...*, Salamanticae, 1552; ed. cons., *Opera omnia*, Venetiis, 1747.
- ANTONIO GÓMEZ, 1555, *Comentarii in leges Tauri*, Salamanticae, 1555; ed. cons. *Opera omnia*, Venetiis, 1747.
- JACK GOODY, 1972, «The evolution of the family», em PETER LASLETT (ed.), *Household and family in past time*, Cambridge, 1972.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1978a, *A história do direito na história social*, Lisboa, 1978.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1972, «Recomeçar a reforma pombalina», *Rev. Dir. Estudos Sociais*, 19 (1972), 5-34.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1978b, «O materialismo histórico na história do direito», em ANTONIO M. HESPANHA, 1978a.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1978c, «A prática dogmática dos juristas oitocentistas», em ANTONIO M. HESPANHA, 1978a.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1978d, «Forma e valores nos Estatutos pombalinos da Universidade», em ANTONIO M. HESPANHA, 1978a.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1984, «Représentation dogmatique et projets de

- pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration», em E.-V. HEYEN (ed.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, Frankfurt/Main, 1984, 1-28.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1986a, «Une nouvelle histoire du droit?», P. GROSSI (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro. Atti dell'incontro di studio*, Milano, 1986.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1986b, *As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político. Portugal - séc. XVII*, Lisboa, 1986.
- CH HINCKELDEY (ed.), 1980, *Strafjustiz in alter Zeit*, Rothenburg o.d. Tauber, 1980.
- JENS CHR v. JOHANSEN & HENRIK STEVNSBORG, 1986, «Hasard ou myopie. Réflexions autour de deux théories de l'histoire du droit», *Ann. Éc. Soc. Civ.*, 1986.3, 601-624.
- P. L. DE LACRETELLE, 1784, *Discours sur les peines infamantes*, 1784 (contém umas *Réflexions sur la législation pénale*).
- DUARTE NUNES DE LEÃO, 1569, *Leis extravagantes....*, Lisboa, 1569, ed. cons. Coimbra, 1796 (citaçã DNL.LE, seguido do número da página, título e lei).
- MATEUS HOMEM LEITÃO, 1645, *De jure lusitano in tres tractatus. 1. De gravaminibus. 2. De securitatibus. 3. De inquisitionibus*, Conimbrica, 1645.
- Lembrança / de / todos os criminozos / e / estado / Dos Liuramentos dos presos da Cadeia da Corte que / apareceram na primeira uizita / que nella fes O Excm. Sn.or Lourenço / de Mendonça Conde de Val / de REYS / Regedor de Iustiça / em 25 de / Agosto de / 1694 / ao dito / Senhor / Oferecido pello Dez.or / Ignacio Lopes de Mou / ra prom.or da Iustiça / da Caza de Sup.am, 2 tomos manusc., Arq. Rel. Lisboa.*
- LINGUET, 1783, *Mémoire sur la Bastille et sur la détention de M. de Linguet*, Londres, 1783.
- HANS-JURGEN LUSEBRINCK, 1983, *Kriminalitat und Literatur im Frankreich des 18. Jahrhunderts. Literatische Formen, soziale Funktionen und Wissenschaftenkonstituenten von Kriminalitäts darstellung im Zeitalter der Aufklärung*, Munchen, 1983
- BONNET DE MABLY, 1775, *Dissertation sur la composition des lois criminelles*, Leyde, 1775.
- LOUIS PHILIPPON DE LA MADELAINE , 1770, *Discours sur la nécessité et les moyens de supprimer les peines capitales*, 1770 (edit. no vol. IV da *Bibliothèque...*, de BRISSOT DE WARVILLE).
- MÁRIO REIS MARQUES, 1985, *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal. Subsídios para o estudo da implantação em Portugal do direito moderno*, Coimbra [1985], diss. na Fac. Direito de Coimbra.
- FRANCISCO FREIRE DE MELO, 1816, *Discurso sobre os delictos e as penas e qual foi a sua proporção nas diferentes epocas da nossa jurisprudencia*, Londres, 1816.
- PASCOAL DE MELO v. PASCOAL JOSE DE MELO FREIRE.

- LUIS CABRAL DE MONCADA, 1949, «Origens do moderno direito português. Época do individualismo filosófico ou crítico», *Estudos de história do direito*, 2, Coimbra, 1949, 55-178.
- ANTONIO BRAZ DE OLIVEIRA, 1982, «As execuções capitais em Portugal num curioso manuscrito de 1843», em *Revista da Biblioteca Nacional*, I (1982) 109-127.3.
- TULIO PADOVANI, 1986, «Lettura della Leopoldina. Un'analisi strutturale», em L. BERLINGUER (ed.), 1986, I, 259-312.
- DE PASTORET, 1790, *Des lois pénales*, 1790.
- MANUEL ALVAES PEGAS, 1669, *Comentaria ad Ordinationes regni Portugalix...*, ed. cons. Ulyssipone, 1669-1703, 12+2 vols.
- MANUEL ALVARES PEGAS, 1682, *Tractatus de potestate Senatus Aulici, ejusque jurisdictione...*, in *Commentaria ad Ordinationes regni Portugalix...*, cit., vol. VII (1682).
- MELCHIOR PHAEBUS, 1619, *Decisiones Senatus Regni Lusitanix...*, Ulyssipone, 1619.
- DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL, 1673, *Tractatus de donationibus regis...*, Ulyssipone, 1673; ed. cons. Lugduni, 1699.
- DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL, *Repertorio das Ordenações e leis do Reino de Portugal* [«Collecção de legislação antiga e moderna...»], ed. cons., Coimbra, 1857.
- P. RISI, 1768, *Observations sur les matières de jurisprudence criminelle*, 1768.
- PH ROBERT et R. LÉVY, 1986, «Histoire et question pénale», *Révue d'histoire moderne et contemporaine*, 1985, 481-526.
- PIER LUIGI ROVITO, 1981, *Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento. I. Le garanzie giuridiche*, Napoli, 1981.
- PIER LUIGI ROVITO, *Repertorio das Ordenações e leis do reino de Portugal* [Collecção da legislação antiga e moderna do reino de Portugal], ed. cons. Coimbra, 1857.
- S. SALMONOWICZ, 1986, «Leopoldina: il codice penale toscano dell'anno 1786», *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 96 (1969) 173 ss.
- M. SBRICCOLI, 1974, *Crimen læsæ maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974.
- JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, 1985, «Éléments pour une histoire du droit moderne», *I seminario de historia del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, 1985, 423-524.
- ANTONIO LUIZ DE SOUSA HENRIQUES SECCO, 1880, *Memorias do tempo passado e presente para lição dos vindouros*, Coimbra, 1880.
- V. SCIUTI-RUSSI, 1983, *Astrea in Sicilia. Il ministero togato nella società italiana dei secoli XVI e XVII*, Napoli, 1983.
- MICHEL DE SERVANT, 1767, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, 1767 (publ. no vol. II da *Bibliothèque...*, de BRISSOT DE WARVILLE).
- SERVIN, 1782, *De la législation criminelle*, Basle, 1782.

- ANTONIO DELGADO DA SILVA, *Collecção da legislação portugueza* [1750-1820], Lisboa, 1825-1830, 6 vols. [e 3 suplem.]. Citada: A.D.S.
- JOSÉ JUSTINO DE ANDRADE E SILVA, *Collecção chronologica da legislação portugueza* [1603-1711], 10 vols., Lisboa 1854-1859. Citação: J.J.A.S.
- NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, 1985, *História do direito português*, Lisboa, 1985.
- JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA (J.J.C.P. e S.), 1785, *Primeiras linhas sobre o processo criminal*, Lisboa, 1785.
- JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA, 1803, *Classes dos crimes por ordem systematica*, Lisboa, 1803.
- JOSÉ MANUEL LOPES SUBTIL, 1986, *O vintismo e a criminalidade (1820/1823)*, Lisboa, 1986, diss. de «mestrado» na Fac. de Ciências Sociais e Humanas da Univ. Nova de Lisboa.
- G. F. LE TROSNE, 1777, *Vues sur la justice criminelle*, Paris, 1777.
- F. M. VERMEIL, 1781, *Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, 1781 (= tomo IX da *Bibliothèque...*, de BRISSOT DE WARVILLE).
- FRANCISCO TOMAZ Y VALIENTE, 1969, *El derecho penal de la monarquia absoluta*, Madrid, 1969.
- P. F. MUYART DE VOUGLANS, 1757, *Institutes au droit criminel*, 1757.
- J. P. BRISSOT DE WARVILLE, 1781, *Théorie des lois criminelles*, Berlin, 1781.
- J. P. BRISSOT DE WARVILLE (ed.), *Bibliothèque philosophique de législation criminelle*, Berlin, 1782 ss. (10 vols.).
- PETER ZYMA (ed.), 1977, *Textsemiotik als Ideologiekritik*, Frankfurt/Main, 1977.
- PETER ZYMA, 1980, *Textsoziologie*, Stuttgart, 1980.

DOCUMENTOS

«LOS MANUSCRITOS DEL FUERO GENERAL DE NAVARRA EXISTENTES EN PAMPLONA»

En una aproximación histórica al Derecho foral navarro es ineludible la referencia al Fuero General de Navarra, principal fuente del Derecho territorial navarro. Y aún es mayor su interés si se tiene en cuenta que hoy es fuente jurídica vigente dentro del sistema normativo navarro.

Son todavía muchos los aspectos que se desconocen respecto a este Fuero (autores, fecha, lugar, sanción, fuentes, etc.), del que se conservan treinta y dos manuscritos, repartidos por diversos archivos y bibliotecas, con los que José M.^a Lacarra preparaba una edición crítica.

Este autor agrupa los manuscritos que se conocen en tres series: las dos primeras son asistemáticas (redacciones de las series A y B), es decir, no están estructuradas en libros ni títulos, y la tercera, sistemática (redacciones de la serie C). Posteriormente ha añadido a éstas una cuarta diferente que sólo consta de 252 artículos y cuya redacción y ordenación es la más afin a la serie A, y que se conserva en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia. En su parte original es —para Lacarra— superior a las otras series del Fuero General y parece ser una recopilación privada ¹.

Atendiendo a la serie sistemática, designada por Lacarra como «serie C», se encuadran en ella todos los manuscritos del Fuero General existentes en Pamplona y en los que, precisamente, se centra este trabajo: en los seis códices del Archivo General de Navarra (A.G.N.) y en el conservado en el Archivo de la Catedral de Pamplona (Ms. A. Cat.).

Los seis primeros los describe José M.^a Lacarra en su «Guía del Archivo General de Navarra»:

¹ LACARRA, José M.^a, *En torno a la formación del Fuero General de Navarra*, A.H.D.E. 50 (1980) 93-110

1. FUERO GENERAL DE NAVARRA 1.º— Ms. en perg., 110 fols., letra del siglo XIV. Encuadernado en piel sobre tabla. Procede de la Cámara de Comptos y a él responde la edic. de Ilarregui y Lapuerta (Pamplona, 1869).

2. FUERO GENERAL DE NAVARRA 2.º— Ms. en perg., 199 fols., letra del siglo XIV hasta el fol. 183 inclusive; desde el fol. 184, letra de los siglos XVI-XVII. Enc. en piel.

3. FUERO GENERAL DE NAVARRA 3.º— Ms. en pergamino de 215 fols., excepto los fols. 1-4 y 148-215, que son de papel; letra de los siglos XIV-XV. Enc. en perg. Procede de la biblioteca de D. Pablo Ilarregui, y fue adquirido por la Diputación en 1884. Descripción del mismo en «Bol. de la Comisión de Monumentos de Navarra», 1.ª época, 1895, pp. 86-94.

4. CODICE DEL FUERO GENERAL, copiado del de la Cámara de Comptos. En papel, siglo XVI. La copia fue sacada en virtud de una orden del Consejo Real, en 1584.

5. FUERO GENERAL DE NAVARRA. —Ms. en papel, 126 fols. Letra de comienzos del siglo XVI, tinta negra y epígrafes en rojo; en el tejuelo: «Fueros antiguos».

6. «Copia auténtica del FUERO GENERAL DE NAVARRA, sacada del código de la Cámara de Comptos, y sirvió para la primera impresión hecha en el año 1686» Ms. en papel ².

Es preciso señalar que, aparte de los manuscritos, existen tres ediciones del Fuero General: la de Chavier, de 1686; la de la Diputación de Navarra, de 1815 y la realizada por Ilarregui y Lapuerta en 1869, siendo esta última la más utilizada (ha sido reimpressa en 1964 adicionándole el Amejoramiento de Carlos III el Noble).

Partiendo del cotejo de la edición del Fuero General de Navarra (F.G.N.) realizada por Ilarregui y Lapuerta en 1869 con el denominado Ms.-1, procedente de la Cámara de Comptos y que, al parecer, fue base para la misma, se han ido examinando minuciosamente los restantes manuscritos, determinándose qué novedades aporta cada uno. En este sentido, resultan de interés incluso aquellos manuscritos que son copia del de la Cámara de Comptos.

² LACARRA, José M^a, *Guía del Archivo General de Navarra*, (Madrid, 1953) 137-138

Dejando para un estudio posterior el examen de los textos de los Amejoramientos al F.G.N. de 1330 y 1418, éste se centra en el texto del F.G.N., siguiendo en la exposición el orden en que se describen en la «Guía» de Lacarra los manuscritos del A.G.N., considerando en último lugar el Ms. A. Cat.

A) Ms.-1 A.G.N. Su consideración es inexcusable dada la importancia que se le ha atribuido. Aunque se había estimado que la fidelidad de la edición de 1869 al Ms.-1 era completa, no opina así García-Granero, fundándose en la transcripción errónea que de F.G.N. 4, 2, 3 aparece en el texto impreso. Opina que ésta es bastante defectuosa, aunque se hayan servido de ella todos los autores que, sin consultar el Ms. original del A.G.N., aceptaron como buena la transcripción de F.G.N. 4, 2, 3³. Esta es la razón de que sea preciso el examen directo del Ms.-1.

Pues bien, cotejando capítulo a capítulo el Ms.-1 y la edición de 1869, aparte de la errónea transcripción del capítulo mencionado por García-Granero, no se aprecian diferencias importantes. Incluso dicho error puede ponerse en duda.

Respecto a F.G.N. 4, 2, 3 advierte García-Granero la presencia de un «sus», entre los términos «oviere mester de las» y «heredades», que «sin duda alguna por descuido involuntario» fue omitido por el copista del Ms.-1, que más tarde subsanó el error.

Sin embargo, los caracteres de la abreviatura «9», que usualmente significa «us», no se corresponden con los del copista del texto. Además, faltaría la «s» previa, pues la inmediatamente anterior a tal signo corresponde a la palabra «las».

De otra parte, también cabe dudar que la letra sea de la misma época. Si, en efecto, se admite que el pretendido «sus» no estaba inicialmente y que se añadió con posterioridad, ¿no podría ser bastante posterior? La prueba es que en los dos códices del A.G.N. que son copia del Ms.-1 tampoco se recoge el «sus». Estos son:

«4. CODICE DEL FUERO GENERAL, copiado del de la Cámara de Comptos. En papel siglo XVI. La copia fue sacada en virtud de una orden del Consejo Real, en 1584.

³ GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan, *Fuero General de Navarra 4,2,3, El cónyuge viudo que tiene «fealdat», ¿puede enajenar en caso de necesidad?*, «Anuario de Derecho Civil» 27 (Madrid, 1974) 91-268.

6. «Copia auténtica del FUERO GENERAL DE NAVARRA, sacada del códice de la Cámara de Comptos, y sirvió para la primera impresión hecha en el año 1686. Ms. en papel»⁴.

Obsérvese que corresponden, respectivamente, a los siglos XVI y XVII. Además, en el segundo de ellos, el error estaría ratificado por Marcos de Echauri, quien firma una nota, fechada el 5 de marzo de 1678, en la que afirma la concordancia entre esta copia y el original: «certifico y doy fe que el traslado del fuero general del dicho Reino que ha escrito desde folio primero asta folio ciento y cinquenta y cinco, sin incluirse la tabla queba al principio en diez ojas, sea sacado bien y fielmente del fuero original que sea-lla y queda, en el Archivo Real de la dicha Camara de Contos» (fols. 155 y 156 del Ms.).

Teniendo en cuenta todo lo anterior no es extraño que el «error» aparezca también en 1869, más aún cuando tal signo no encaja en los caracteres originales del texto. A pesar de todo, hay que advertir que el sentido que da al texto García-Granero se corresponde con el contenido del mismo en los Mss.-2, 3 y 5, en los que está claro el «sus».

Al margen de esto, he advertido cambios en once casos:

— F.G.N. 3, 15, 21: en el Ms.-1 se lee «et al plazo» y «monstrar». En la edición de 1869 pone «et el plazo» y «mostrar».

— F.G.N. 3, 17, 6: la edición de 1869 omite respecto al Ms. los términos subrayados a continuación: «deve *dar* ante tres omnes bonos» y «por *su* fiaduria», y lo incluye, en cambio, en «puerta de *su* casa».

— F.G.N. 3, 20, 9: el Ms. pone «que lo tiengan», no «que lo tenga» (1869).

— F.G.N. 5, 2, 6: en el Ms. pone «no lo fezo» por «no le fezo» de 1869.

— F.G.N. 5, 2, 7: la última palabra en 1869 es «enartado», que aparece en el Ms. como «en artado».

— F.G.N. 5, 3, 1: en el Ms. pone «acusador» donde en 1869 se lee «acusado». Este es un error claro de la edición de 1869, que podría interpretarse adecuadamente atendiendo al conjunto del capítulo.

⁴ LACARRA, José M^a, *Guía del Archivo General de Navarra*, (Madrid, 1953) 138

— F.G.N. 5, 4, 4: en el Ms. el epígrafe es «Como a fidalgo non pueden demandar sen quereyllant homizidio», y en 1869 es «Cómo á fidalgo non puede demandar sin quereyllant homizidio». Además, en el Ms., el último párrafo del capítulo no se contiene en el mismo texto, sino en nota.

— F.G.N. 6, 1, 15: en el Ms. pone «puertos» (lo correcto) por «puercos» de 1869.

— F.G.N. 6, 1, 16: los términos «et es contra altarde» del Ms., aparecen en 1869 como «et es contra altar de», lo que puede prestarse a una interpretación errónea, aunque carente de sentido. También en el Ms. pone «En quoanto» y en el texto de 1869 «Et quoanto».

— F.G.N. 6, 7, 1: en el Ms. aparecen los términos «qui» por «que» en el de 1869, y «no ovieren» por «no vieren». Lo correcto es lo recogido en el Ms., aunque se trata de pequeños errores de la edición subsanales por el mismo contexto.

— F.G.N. 6, 8, 1: sólo por error se repite en el Ms. lo siguiente: «a su hera de lo del vezino nol deve embargar lo suyo al duyeino de la paia ni del grano», reiteración que no se da en la edición de 1869.

Como puede apreciarse, se trata de modificaciones sin importancia, salvo la de F.G.N. 5, 3, 1, donde hay un error muy claro en la edición de 1869, si bien es subsanable atendiendo al contenido del capítulo. Por ello, al margen de estas pequeñas variantes y con la excepción señalada por García-Granero, me atrevería a afirmar que la edición de Ilarregui y Lapuerta se ajusta a la literalidad del texto del Ms.-1 y, prueba de ello es, que se reproducen incluso sus errores. Algunos de éstos se aprecian claramente y, otros, se advierten al comparar este Ms. con otros del F.G.N.

Prescindiendo de las simples adiciones u omisiones que aparecen en otros Mss. en relación a este Ms.-1 y que no permiten presumir que éste sea erróneo en tales casos, son errores claros:

— En F.G.N. 3, 4, 3, tanto en el Ms.-1 como en la edición de 1869, se establece que el villano que tiene señores solariegos y debe pagarles tres «rovos» de avena, se quedará con la mitad de los tres, y la otra mitad será para «los otros solarigos». Esto carece de sentido y se resuelve con los Mss.-2 y 3 A.G.N., donde se incluyen nuevos términos de modo que cuando el villano tiene va-

rios señores solariegos, la mitad de los tres «rovos» de avena es para el señor en cuya casa está el villano, y la otra mitad la repartirán entre sí los otros señores solariegos.

— También hay una omisión en el Ms.-1 y la edición de 1869 respecto a los Mss.-2 y 3 A.G.N. en F.G.N. 3, 21, 1, quedando el texto falto de sentido en los primeros. Así, se entiende en los mismos que, al dar sepultura a un rico, debe ir alguien de cada casa para hacer la fosa y que quienes no acudan darán un hombre que la vigile. Sin embargo, en los otros Mss. del F.G.N., cuando no acuda un hombre de una casa para hacer la fosa, pagará la multa que fijen los vecinos y son estos quienes, acabada la fosa, pondrán un guarda.

— En F.G.N. 5, 3, 10 hay un error en el epígrafe, que aparece en el Ms.-1 y se copió en 1869. En ambos es: «De como non pueden reptar a fidalgo por muerte de villano», cuando lo que corresponde al contenido del capítulo es lo que se dice en otros Mss.: «De como non pueden reptar a villano por muert de fidalgo.» No obstante, aunque el error aparece en el Ms.-1, se aprecia en el mismo que fue fruto de una corrección posterior y que, originariamente, debía ser el correcto, confundiendo el cambio a Ilarregui y Lapuerta.

— En F.G.N. 5, 4, 11 el Ms.-1 y la edición de 1869 aluden a «captivadores» donde los otros Mss. a «captivos», que es lo correcto en cuanto que se trata de entregarlos.

— Con mayor lógica, en F.G.N. 5, 4, 21, los Mss.-2 y 3 A.G.N., al tratar del homicidio, establecen que si un villano mata a otro los vecinos deben encontrar al homicida y llevarlo al tribunal del rey antes de tres días. Si encuentran al merino, entregarán al homicida y, si no, tocarán las campanas y lo buscarán. Sin embargo, por un error de omisión, el Ms.-1 y la edición de 1869 determinan: «Et si el merino fayllaren, toquen las campanas de la sied con sabiduria de los vezinos, et los unos busquen al merino, et los otros tengan el homiziero.» El propio texto se contradice, ¿cómo si encuentran al merino van a ir en su busca?

Errores similares a éstos aparecen en F.G.N. 3, 5, 6; 3, 12, 12; 3, 20, 9; 5, 4, 12; 5, 7, 2; 6, 1, 15; 6, 2, 10 y 6, 6, 6. Y aunque además de ellos hay otras diferencias entre el Ms.-1 y la edición de 1869 y los demás manuscritos examinados, estimo que lo expues-

to es suficientemente representativo y apoya la afirmación de que Ilarregui y Lapuerta utilizaron para su edición el Ms.-1. A esto mismo contribuye el epígrafe de F.G.N. 6, 1, 22 de la mencionada edición, que es: «Y en la misma oja en la margen de ella, abajo, fuera de orden se halla otra capitula atravesada, cuyas palabras formales son del tenor siguiente.»

En efecto, en el Ms.-1 aparece el capítulo que se recoge bajo tal epígrafe en 1869 a pie de página y sin rúbrica, en la hoja 92. No así en los demás manuscritos, en los que dicho capítulo se incluye dentro del texto de F.G.N.

Este Ms.-1 es de tamaño más pequeño que los demás (24×17,5 cms.).

En definitiva, del cotejo de la edición de 1869 con el Ms.-1 puede deducirse que la edición es bastante fiel al manuscrito y que hay pocos errores. Los que hay son comunes a ambos en relación a los otros manuscritos consultados, e incluso pueden deducirse del contenido mismo de los capítulos en que aparecen. Como la fidelidad de la edición de 1869 al Ms.-1 ha sido puesta en tela de juicio, se han expuesto las variantes observadas entre ambos y algunos errores comunes a los dos con detalle.

En los Mss. siguientes me limitaré a exponer las novedades más relevantes, pues hay muchas modificaciones (ya sean adiciones, omisiones o simples cambios de palabras) cuyo desarrollo es imposible llevar a cabo en esta breve exposición.

B) El Ms.-2 A.G.N. es un manuscrito encuadernado en piel marrón, de 23×17 cms. En el tejuelo, en letras doradas sobre la piel, se lee: «FUEROS DE NAVARRA.» Tras el fol. 1 en blanco, se lee en el fol. 2:

N.º 2

Códice antiguo del Fuero General de Navarra que parece ser copia del de la Cámara de Comptos sacada en el siglo 14

Con letra diferente, sigue:

«Este códice no es copia del que se indica en las líneas precedentes y contiene noticias y variantes de sumo interés, dignas de ser conocidas por cuantos se dedican al estudio de nuestras antiguas leyes y costumbres. Hermilio de Olóriz.»

Si ya el estudio de este manuscrito era interesante, esta última anotación lo hace prácticamente necesario y despierta la curiosidad del investigador.

Hay varias modificaciones en este Ms. en relación al Ms.-1. En primer lugar, se omiten F.G.N. 2, 2, 3 («De no aienar cosa de contienda»); 2, 6, 5 («Dont deven ser los testimonios entre franco et navarro, et quoyal franco es pora testimonio»); 6, 9, 5; 6, 9, 6 y 6, 9, 7 (que son tres «fazanas» o textos de carácter casuístico). Igualmente, se omiten las alusiones al rey Felipe III de Evreux de F.G.N. 3, 3, 1 y 3, 5, 3 del Ms.-1.

También se aprecian modificaciones estructurales y cambios de lugar de capítulos, con la consiguiente variación en la numeración y forma de designación de las leyes respecto al Ms.-1.

Se producen diversas adiciones, omisiones y cambios en penas, plazos o cantidades que, en ocasiones, no tienen importancia, pero que otras veces conllevan cambios de regulación interesantes en relación al Ms.-1, destacando, en general, la mayor amplitud de los capítulos en este Ms.-2.

Sin embargo, lo verdaderamente interesante son las leyes del Ms.-2 que no aparecen en el Ms.-1. A primera vista, son dieciocho leyes. No obstante, cuatro de ellas resultan ser reiteraciones de otras. Así sucede con F.G.N. 3, 2, 4 y 3, 2, 5 del Ms.-2 («Qui deve pagar diezma de fruto vendido» y «Como pueden pendrar a iudios o a moros los abbades por las diezmas»), que equivalen a F.G.N. 3, 2, 3 y 3, 2, 4 del Ms.-1, aunque no sean exactos los textos.

También F.G.N. 2, 1, 2 Ms.-2 es reiteración de F.G.N. 3, 17, 15 Ms.-1 y lo mismo, F.G.N. 5, 13, 7 Ms.-2 respecto a F.G.N. 5, 7, 6 Ms.-1. El primero alude a los infanzones que el rey echare de la tierra y, el segundo, al «fuero de calcatrepas».

Al margen de estas cuatro adiciones, que reiteran, en mayor o menor medida, otras leyes de F.G.N., aparecen catorce que son totalmente nuevas y que muestran que este Ms.-2 no se basa en el Ms.-1 de la Cámara de Comptos, tal como afirma el autor de la nota al fol. 1. Estas son:

— F.G.N. 2, 6, 12 Ms.-2: «Quoales testigos deven valer et quoa-les no quando ponen por bona verdat.»

— F.G.N. 3, 4, 2 Ms.-2, relativo a la prenda: «De pendrar en la siet del Rey.»

— Dos leyes consecutivas se incluyen en el título 10 del libro III en materia de préstamos: F.G.N. 3, 10, 4 («De espada que es dada a enpriesto») y 3, 10, 5 («Del qui tomare sortieylla doro con piedra preciosa en empriesto o empeynnos o en comienda»). En ambos casos se pena a quien pierda uno de estos objetos entregado en prenda o encomienda, y se rebaja la pena, justo a la mitad, si el material de que están hechos es plata y no oro.

— F.G.N. 3, 14, 22 Ms.-2: «En villa ho sied es clamada qui pendrare marquero que calonia ha.» Prohíbe sacar lo prendado al deudor afianzado, durante tres días, del tribunal.

— F.G.N. 3, 15, 4 Ms.-2: «Que deve fazer qui de mas faz a bestias que tiene empeynnos», que pena a quien abusa del animal empeñado.

— Dentro del libro IV no hay adición alguna, pero sí en el libro V. Así, es novedad F.G.N. 5, 9, 15 Ms.-2: «De acusation de furto», que establece que el infanzón se salva, en el primer hurto, por su juramento si se «abona» con dos infanzones del lugar.

— En el libro VI, en el tit. 3, aparecen dos capítulos nuevos: F.G.N. 6, 3, 5 («De heredat que dan los vezinos») y 6, 3, 7 («Calonia de yerbas»). Ambos se incluyen, adecuadamente, dentro del título «de costerías», relativo a la custodia de los campos, ya que el primero establece la posibilidad de dar un terreno al infanzón o villano para hacer pieza o viña, siempre que no sea en lugar donde el rey tenga ya unos derechos; y, en el segundo, se fija la pena en especie en función de la naturaleza de los bienes afectados.

— En el tit. 8, «De eras», del libro VI, se incluyen tres nuevas leyes en el Ms.-2. Este título consta en el Ms.-1 de un único capítulo, en tanto que en el Ms.-2 de cuatro. Estas tres nuevas leyes son:

F.G.N. 6, 8, 2 que recoge la exención del pago de homicidio para los villanos de Leyre en una determinada época del año, y que iría mejor situada en el título de homicidios o en el de penas (tits. 4 y 12 del libro V);

F.G.N. 6, 8, 3: «De ganado bivo perdido et que se failla en poder de otro.» Al tratar de cómo recuperar el ganado que se halla en poder de otro según se encuentre vivo o muerto, estaría mejor situado en el tit. de pastos (el primero del libro VI), o en los de hurtos, injurias o penas (tits. 7, 11 y 12 del libro V);

F.G.N. 6, 8, 4: «Como moro que esta en heredat del Rey, et se

mudare a hereditat de infançon et que pena ha.» En cuanto que trata de la pena que conlleva el cambiar de señor, resultaría más adecuado incluirlo en el tit. 2 del libro I: «De alferiz et de ricos ombres», o en el tit. 5 del libro II: «De los villanos del Rey.»

Concluido el texto de F.G.N., se inicia el Amejoramiento de 1330. Pero, antes de comenzar con los capítulos que propiamente lo integran, se incluyen otras dos leyes que he considerado como parte de F.G.N., puesto que hay una nota al margen izquierdo, que dice: «nuevos phelipe siguientes», donde comienza realmente el Amejoramiento. Ambos se refieren a las obligaciones que, en materia de guerra, tienen para con el rey el abad de Montearagón y el obispo de Pamplona, respectivamente.

Estas son las catorce leyes nuevas que presenta el Ms.-2 respecto al texto de F.G.N. en el Ms.-1.

Para concluir, simplemente anotar que el Ms.-2 omite totalmente la confirmación final de F.G.N.

C) Ms.-3 A.G.N. Es de gran tamaño (34,08 × 24 cms.). En el fol. 1 se lee: «Este códice y el libro de notas del P. Moret fueron comprados por S.E. la Diputación Foral y Provincial de Navarra á la Sra. Viuda de Ilarregui y costaron 6.900 reales. Mayo - 1889.»

Tras el texto del Amejoramiento de 1330 contiene un «Reperitorio de todo lo contenido en este fuero general del Reyno de Navarra», fechado en 1590. A continuación, una Constitución Gregoriana y un auto del tormento del acusado de la muerte de «Sancho de Echeverri» de 30 de mayo de 1654.

Al igual que en el manuscrito anterior, hay añadidos, omisiones y cambios (en la estructura, orden de los capítulos, penas, cantidades, e incluso en algunos términos, cambiando el sentido del capítulo), más o menos importantes, que es imposible detallar aquí. Sin embargo, cabe señalar que aquí también se omiten las alusiones a don Felipe de Evreux de F.G.N. 3, 3, 1 y 3, 5, 3 del Ms.-1.

Cabe destacar que hay capítulos que se repiten en este Ms.-3. Así ocurre en los casos de F.G.N. 2, 4, 19; 3, 2, 3; 3, 2, 4; 3, 12, 8; 3, 12, 21; 3, 18, 2; 5, 5, 1 y 5, 12, 6.

Pero, además de estas reiteraciones, hay capítulos o leyes diferentes a los que integran F.G.N. en el Ms.-1. Concretamente, el Ms.-3 añade ocho capítulos más:

— Dos se incluyen en el libro I, tit. 1, entre los que son capítulos 4 y 5 del Ms.-1. Se refieren a las obligaciones del abad de Mont Aragón y del obispo de Pamplona para con el rey, en materias militares, y son encuadrados, muy adecuadamente, en el tit. «de Reyes et de huestes.»

Como puede apreciarse, coinciden con dos de los nuevos capítulos del Ms.-2 (los dos inmediatamente anteriores al Amejoramiento de 1330).

— Otro capítulo se añade en el libro II, tit. 6, entre los caps. 12 y 13 del Ms.-1 y aparece bajo el epígrafe de este último: «Quoales testigos deven valer en pesquisa et quoales no, quando ponen por bona verdat.» Es decir, lo nuevo en el Ms.-3 es el contenido del capítulo, pero no su rúbrica. Establece quiénes pueden intervenir como testigos en los pleitos. También coincide con una de las leyes nuevas del Ms.-2: con la primera que se ha señalado al tratar del mismo (F.G.N. 2, 6, 12).

— Son novedad, asimismo, dos capítulos, incluidos en el libro III, tit. 2, entre los caps. 3 y 4 del Ms.-1, que versan sobre «diezmas» («Qui deve pagar diezma de fructo vendido» y «Como pueden peynndrar a iudios o moros los abbades por las diezmas»). Establecen quién debe pagar la diezma o décima en la compra-venta de frutos —el primero de ellos— y el pago de la misma por los frutos que produzcan heredades que sean, o hayan sido, propiedad de cristianos —el segundo—.

— En el mismo libro III, pero en el tit. 5, aparece en el Ms.-3 un nuevo capítulo entre los caps. 8 y 9 del Ms.-1. Es éste un capítulo brevísimo, relativo a las obligaciones para con el «sayon» o alguacil: «De qui lieva sayon al mercado.»

— También en el libro III, pero en el tit. 16, este Ms.-3 incluye un capítulo que no aparece en el Ms.-1, pero sí en el Ms.-2 (donde es el F.G.N. 3, 15, 4, ya que el Ms.-2 modifica la estructura del libro III), entre los caps. 3 y 4 del primero. En él se recoge la forma en que se responde por los daños ocasionados al animal empeñado: «Que deve fazer qui demas faz a bestia que tiene empeynnos» (epígrafe del cap. 4 del Ms.-1).

— Por último, en el libro V, tit. 3, hay un capítulo, entre los que son 2 y 3 en el Ms.-1, relativo a los «rieptos» o retos entre hidalgos: «De fidalgos reptados como deven combater.»

Es decir, de los ocho nuevos capítulos que aporta el Ms.-3 respecto al texto del Ms.-1, cuatro son novedades comunes a los Mss. 2 y 3. Además, el Ms.-3 —al igual que el Ms.-2— omite la confirmación de los Fueros que aparece en el Ms.-1 tras el texto de F.G.N., entrando directamente en el texto del Amejoramiento de 1330.

Una cuestión que cabe plantearse es por qué no se incluye ninguno de estos capítulos en la edición de 1869, cuando puede deducirse que el Ms.-3 era conocido al menos por Ilarregui, ya que el fol. 1 dice que fue vendido a la Diputación por su viuda.

D) «4. CODICE DEL FUERO GENERAL» (Ms.-4). Este códice es de 28,5 × 20,5 cms. En el tejuelo puede leerse: «Fueros de Navarra 2», en tinta azul, y en la primera hoja: «Códice del Fuero general copiado del de la Cámara de Comptos.»

Precede al texto de F.G.N. una «compulsoria del consejo», fechada el 30 de octubre de 1584. Es un auto por el que se manda a los consejeros del rey, oidores de la Cámara de Comptos y jueces de finanzas del Reino, hagan sacar a los secretarios de dicha Cámara un traslado del Fuero General.

Después comienza, sin índice, el texto de F.G.N., seguido del de el Amejoramiento de 1330. Y, detrás de éste, se recoge el Amejoramiento del rey don Carlos de 1418. A continuación, un «Repertorio de todo lo contenido en este Fuero general», fechado en 1590.

Este texto de F.G.N. es una copia exacta del Ms-1, si bien hay algunas modificaciones insignificantes. La más llamativa, la introducción de un cambio estructural en el libro II, donde se incluye un nuevo título, integrado por los capítulos 13, 14, 15 y 16 del tit. 6 del Ms.-1 (cambio que también se produce en los Mss. 2 y 3 del A.G.N.).

No incluye este códice ninguno de los nuevos capítulos que aportan los demás manuscritos examinados.

Lo más destacable es que se recoge el Amejoramiento de Carlos III, de 1418, exacto en su contenido al editado por la Diputación Foral de Navarra, ya que es el único de los manuscritos aquí expuestos que lo contiene. En relación con ello, es importante señalar que el copista de F.G.N. y de los dos Amejoramientos es el mismo, lo que indica que, además de que el Ms. es posterior a 1418, el Amejoramiento correspondiente a dicha fecha no se in-

cluyó más tarde, sino que constituye una unidad con el texto de F.G.N. y el del Amejoramiento de 1330.

Al no aportar este Ms. ninguna novedad al texto de F.G.N., que es el que se viene considerando, no me detendré más en el mismo.

E) «5. FUERO GENERAL DE NAVARRA». En adelante, para identificar este Ms., lo designaré como Ms.-5.

Es un códice de 28,5 × 21 cms. En el fol. 1 pone: «N 144, Fuero de Navarra 127 ojas.» A lo largo del texto aparecen notas marginales de diferentes manos.

Comparando este Ms. con el Ms.-1, se aprecian diversas diferencias. Las primeras consisten en la omisión, en este Ms.-5, de tres capítulos de F.G.N. presentes en el Ms.-1: 3, 15, 26 («Dando fiador ninguno non deve ser peyndrado»), 3, 17, 11 («Quoando deve abonezer el creedor al su fiador») y el 3, 19, 9 («De no ayllenar cosa de contienda»).

Además, hay cambios en la estructura y también son bastante abundantes en el orden de colocación de los capítulos.

Otra característica del Ms.-5 son los cambios de redacción que presenta respecto al Ms.-1, siendo ésta más clara en el primero. Y, como en los anteriores manuscritos, hay omisiones, adiciones y pequeños cambios.

Especialmente interesantes son los capítulos nuevos que aparecen en el Ms.-5 respecto a Ms.-1. Añade cinco leyes más:

— Una, entre los capítulos 3 y 4 del título 16, libro III del Ms.-1. Se coloca bajo el epígrafe: «Que deve fazer qui de mas faz a bestia que tiene empeynos», que es el mismo bajo el que se introduce esta misma ley, y en el mismo lugar, en los Mss.-2 y 3 A.G.N.

— Tras el capítulo anterior, aparece en el Ms.-5 F.G.N. 3, 16, 4 del Ms.-1. Detrás, se incluyen dos nuevos («De sortieia de oro» y «De espada dor») que no se hallan entre las novedades del Ms.-3, pero que sí aparecen en el Ms.-2. Sin embargo, en este último, se incluyen en el título 10 del libro III, referido a los préstamos, y no en el «de peynos» como sucede en el Ms.-5. No obstante, el texto es similar, aunque los epígrafes son más largos en Ms.-2 y parecen omitirse en Ms.-5 algunos términos de Ms.-2.

— Entre F.G.N. 3, 20, 7 y 8 del Ms.-1, introduce Ms.-5 otro nuevo capítulo: «Quoando marido et muger estinan el uno moriendo

el otro non puede desfazer.» Aunque su epígrafe se corresponda con la primera mitad del de F.G.N. 3, 20, 8 del Ms.-1, su contenido es repetición del final de F.G.N. 2, 4, 4. Pero, a pesar de que en todos los manuscritos consultados aparece F.G.N. 2, 4, 4, su parte final sólo se presenta constituyendo un capítulo nuevo e independiente en Ms.-5.

— La quinta nueva ley que aporta este Ms.-5 es F.G.N. 6, 8, 2: «De qui faze era de Nuebo.» Con esto, en el Ms.-5, el título 8 del libro VI consta de dos capítulos, mientras que en el Ms.-1 sólo de uno. Este capítulo (en el que tratan de evitarse los daños que la era nueva pueda ocasionar en casa vieja a la que está próxima) no se halla en los otros manuscritos examinados.

Así, de las cinco nuevas leyes que aporta el Ms.-5, tres aparecen en otros manuscritos de F.G.N. y las dos últimas son novedad absoluta de este Ms. respecto a ellos.

Pero, las novedades no se reducen a estas cinco leyes. De mucho interés resulta la inclusión de un «Título de reptorios», esto es, de retos o desafíos. Este es un núcleo de veintiséis leyes sin epigrafiar, situado tras el último título del libro VI («De fazanias»), que también se encuentran —literales a éstas del Ms.-5— en el Fuero Real. A esta coincidencia hace referencia una nota al Ms.-5, que remite a dicho cuerpo legal.

Detrás, aparece la confirmación de F.G.N., y se añade una gracia sobre homicidios concedida por Teobaldo a los navarros en 1270, antes del Amejoramiento de 1330.

En definitiva, en el Ms.-5 hay treinta y una leyes más que en el Ms.-1, de las cuáles sólo las tres antes mencionadas aparecen en otros manuscritos.

F) «Copia auténtica del FUERO GENERAL DE NAVARRA, sacada del código de la Cámara de Comptos, y sirvió para la primera impresión hecha en el año 1686.»

Es un código de 29,3 × 20 cms., con abundante decoración, a lo largo de todo el texto, de pájaros, flores y plumas, en tinta roja y negra. En el tejuelo se lee: «Copia auténtica del Fuero Viejo de Navarra.»

Esta es la copia del Ms. de la Cámara de Comptos del siglo XIV, sacada para la impresión de 1686, y es literal al Ms.-1.

También se observa en esta copia el mismo error que acusa

García-Granero en la edición de 1869: en F.G.N. 4, 2, 3 no hay signo alguno que permita incluir un «sus» al tratar de las heredades de que puede disponer el viudo que goza de «fealdat» y tiene necesidad.

Lo más interesante son las notas que aparecen a lo largo del Ms. señalando los capítulos o fragmentos de los mismos que deben omitirse en la edición de 1686, y que coinciden con los que se eliminaron por estimarse «no bien sonantes y aun indecentes».

En cualquier caso, este código no aporta ninguna novedad en relación a los demás.

G) Manuscrito del Archivo de la Catedral de Pamplona (Ms. A. Cat.).

Este Ms., en pergamino, consta de 112 folios. Se designa como código 106 del Archivo de la Catedral y su localización —tal y como aparece en las pastas— es: «Arca L et. B. Núm. 83.» En el lomo se lee: «Fuero de Navarra.»

En cuanto a su ubicación en el tiempo, atendiendo a la letra, es de principios del siglo XIV, con notas marginales del XVII o del XVIII. En el texto no se recoge fecha alguna, pero se lee claramente el nombre del propietario, tanto al comienzo como al final: «Es de García de Nabasques.» También al final se entienden dos firmas de una misma persona: Diego de Zala y Ircaraen. Hay alguna otra anotación, pero no reviste especial interés.

Centrando la atención en el texto de F.G.N. y comparándolo con el del Ms.-1 A.G.N., se advierten adiciones y omisiones (algunas coincidentes con las de los otros Mss. examinados) y cambios en la estructura, epígrafes, orden de colocación de los capítulos, penas, o sustitución de una palabra por otra.

Lo más llamativo son los fragmentos o frases que se introducen en el texto de los capítulos de F.G.N. como «adición del rey don Felipe», que no es sino Felipe III de Evreux, a quien se atribuye el Amejoramiento de 1330 que, como en los demás Mss., también se recoge como una unidad al final de este Ms. A. Cat. Estas «adiciones» proceden, probablemente, de otras leyes o disposiciones de dicho monarca. De lo que no cabe duda es que este Ms. es posterior a 1330. A diferencia de lo que sucede en los restantes Mss. considerados, son muy abundantes las alusiones a don Felipe (en el Ms.-1 y los dos códigos que son copia del mismo

se alude a él en F.G.N. 3, 3, 1 y 3, 5, 3, pero en los Mss.-2 y 3 y en el que he designado como Ms.-5 no hay referencia alguna).

Las «adiciones de don Felipe» introducen cambios en la regulación de F.G.N. y afectan a los capítulos siguientes: F.G.N. 1, 6, 1; 2, 4, 7; 2, 4, 10; 2, 4, 13; 2, 4, 15; 2, 4, 17; 2, 5, 2; 2, 6, 1; 2, 6, 3; 2, 6, 6 y 5, 6, 2.

Son nuevas respecto al Ms.-1:

— F.G.N. 2, 6, 11 Ms. A. Cat., coincidente con F.G.N. 2, 6, 13 del Ms.-3 y que también se encuentra en el Ms.-2: «Quoales testigos deven valer en pesquisa et quoales no, quando ponen por bona verdat.»

— Las dos leyes introducidas en el libro III, título 2, entre los capítulos 3 y 4 del Ms.-1, relativas a «diezmas», que coinciden con las incluidas en el mismo lugar por el Ms.-3.

— Una nueva ley dentro del mismo libro III, pero en el título 16, entre los capítulos 3 y 4 del Ms.-1: «Que deve fazer qui de mas faz a bestia que tiene empeynnos.» Esta misma ley, colocada en este mismo lugar, está en los Mss. 2 y 3 y en el designado como Ms.-5.

Además, se repite F.G.N. 3, 12, 21 en F.G.N. 3, 12, 22 Ms. A. Cat.

La confirmación de F.G.N. no se omite (como sucede en los Mss. 2 y 3 A.G.N.), pero sí se recorta en el Ms. A. Cat. respecto al Ms.-1.

Por tanto, tomando como base el Ms.-1, los Mss.-2 y 3, el Ms.-5 y el Ms. A. Cat. añaden nuevas leyes, algunas de las cuáles son comunes entre ellos. Incluso en el denominado Ms.-4, que es copia del Ms.-1, se incluye, como novedad respecto a todos ellos, el Amejoramiento de 1418.

El estudio de estas novedades y su incidencia en la redacción del Fuero Reducido de Navarra parece muy interesante para la fijación de las fuentes del sistema jurídico navarro.

Mercedes GALÁN LORDA

(Departamento de Historia del Derecho. Universidad de Navarra)

APENDICE

TEXTOS QUE NO APARECEN EN MS -1

Ms.-2

— F.G.N. 2, 6, 12:

«Quoales testigos deven valer et quoales no quando ponen por bona verdat.»

«Si algunas villas o algunos hombres an pleyto et ponen el pleito en pesquisa sil ponen por fuero non deven valler otros omnes salvo aquellos que son semeyllables al heredamiento ho a la cosa sobre que es el pleyto. Et si pusyeren por bona verdat deve valler todo omne bueno que sea sabidor del fecho en aqueill pleyto.»

— F.G.N. 3, 4, 2:

«De pendrar en la siet del Rey»

«Agora vos contaremos que fueros ha en la siet del Rey nuill omne si fayllare hi su marquero et pendra los peynnos ata el tercero dia no los traya dent, et si los trayere deve peytar .LX. ss. de calonia.»

— F.G.N. 3, 10, 4:

«De espada que es dada a enpriesto.»

«Si alguno tiene espada emprestada que sea dorada en peynnos, o en comanda, o en empriesto. Et si por aventura perdiere aqueill qui la tiene en peynnos, al seynnor de la espada deve li dar .C. ss. Et si la espada fuere argentada e si la perdiere el qui tenia en peynnos peyte .L. ss. por la espada.»

— F.G.N. 3, 10, 5:

«Del qui tomare sortieylla doro con piedra preciosa en empriesto o empeynnos o en comienda.»

«Cosa acostumbrada si alguno prende en empriesto o en peynnos o en comanda sortieylla de oro con piedra preciosa. Et si por aventura se perdiere adaqueill qui la tiene empeynnos ques quiera valla la sortieylla, al seynnor dela sortieylla peyte .C. ss. Otra tal sortieylla doro con iura que val tanta quoanta la suya. Et si la sortieylla fuere de plata con piedra preciosa, et la perdiere el que la tiene empeynnos peyte .L. ss.»

— F.G.N. 3, 14, 22:

«En villa ho sied es clamada qui pendrare marquero que calonia ha.»

«Si nuyll omne trobare marquero suyo en la sied del Rey non deve pendrar. Et si pendrare los peynnos deve tener en la sied del Rey ata el tercero dia et si sacare los peynnos de la sied entroaque passe tercero dia deve peytar .LX. ss. al Rey por calonia. Mas de tres dias en asuso puede los peynnos levar ho quiere.»

— F.G.N. 3, 15, 4:

«Que deve fazer qui de mas faz a bestias que tiene empeynnos.»

«Si un omne a otro empeynnare cavayllo, o bestia et li fiziere de mas de quoanto en convenient ovo el empeynnare, et aqueilla bestia recebiere muert, otro dayno por que menos valla, si provar podiere el seynnor qui la bestia ha empeynnada, deve li ser emendado et si provar non podiere iure aqueill qui tiene la bestia que no li fezo de mas de quoanto en convenient ovo quando lo empeynno et vala li.»

— F.G.N. 5, 9, 15:

«De acusation de furto.»

«Todo omne qui acuse uno a otro por furto si se alaba infançon por si et por su padre et por su avuelo deve pasar por su iura en el primer furto si se aboniere con dos infançones de aqueilla villa que assi es fuero.»

— F.G.N. 6, 3, 5:

«De hereditat que dan los vezinos.»

«En toda villa ho oviere infançones et villanos ho el Rey no

ha quinta ho cruago pueden dar en yermo al infançon o al villano en algun logar aguisado o puede fer pieça o vinna.»

— F.G.N. 6, 3, 7:

«Calonia de yerbas.»

«Todo omne de yerba o de mont deve peytar avena o la avena dan al Rey, o el ordio dan ordio por las vinnas dan el vinno que asi es el fuero.»

— F.G.N. 6, 8, 2:

«Fuero antigo es que ningun villano de sant çalvador de leyre non deve pagar homicidio de sant martin daspa en adelant en la cuenca de Pomplona ni en las montaynnas.»

— F.G.N. 6, 8, 3:

«De ganado bivo perdido et que se failla en poder de otro.»

«Si algun omne ha perdido ganado o faillado bivo en poder de carnicero xtiano o de moro, o de iudio, aquellos ovieren comprado el ganado deven dar otros ganados quoales iudgare el fuero et si fer no lo quisieren non (po... ..er) ad aqueill a qui fue hurtado el ganado mas deve lo cobrar todo quito. Et si lo troba muerto aqueill qui lo perdio non podra conseguir ren a los carniceros por ninguna raçon. Maguer si troba bivo en poder de otros omnes deven li dar su ganado et si trobare muerto deve ser emendado del todo entegrament. Et aquellos en qui eill troba su ganado ariendan a su ventura del furto que ganados ay que an grant colonia et los ladrones iusticia.»

— F.G.N. 6, 8, 4:

«Como moro que esta en heredat del Rey, et se mudare a heredat de infançon et que pena ha.»

«Fuero antigo et provado que si moro esta en la heredat del Rey et que se querra mudar a heredat de infançon a ser, el Rey ho baille suyo lo sopiere prenga lo al moro o a la mora et tuelga li todo el mueble et toda la heredat del Rey. Empero todo esto fagan fuera del termino del infançon et sea del todo aince del Rey el moro. Et si moro del infançon quiere yr amorar ala heredat del Rey, el infançon tuelgal las cosas al moro et sea a la merced et la preson faga en sus heredades et no en las heredades del rey todos

los moros et moras en sus personas especialmente son del rey. Si por ventura algun fidalgo adusiere comprado o ganado de otro reyno moro o mora que los fidalgos deven aver las moras et los moros porque si quando ganan o compran en otras tierras el mesmo fuero es de los cavalleros si se quieren cambiar de un señor a otro.»

— Capítulos que preceden al Amejoramiento del 1330:

«Esto a de fazer el abbat de mont aragon al rey de navarra por fuero que si por ventura fuere en huest develi vestir et guisar su capellan con sus livros bonos para dezir todas sus oras que menester a e de vestimenta et tres bestias buenas es a saver la una vestia por hazemila para vestimenta et la otra para el capellano et la otra para el escolano y encara dos campanicas buenas para tañer a las oras et sovre todo esto li deve dar veynte cavalleros bine adovados de todas armas et guarniciones con lures cavallos otrossi los deve tener. Si por aventura hueste del rey o de sus enemigos le entraren en la tierra entroa que los enemigos les salgan de toda la tierra et que las huestes se partan dalli.»

«El obispo de pamplona deve tener para el rey de navarra cient cavalleros de guisa y de manera que aqui dize si por ventura el rey de navarra fuere sovre moros en huest deve llevar cient cavalleros. Otrosi si por aventura el obispo de pamplona fuere enfermo o fuere tan biello que no pueda cavalgar debeli inbiar estos cient cavalleros con cavallos y con armas bient guisados y armados de fusta y de fierro y con su espensa en su serbicio y en la su ayuda. Otrosi si por aventura huest de otro rey entrare en su tierra o algunos de sus enemigos el obispo debeli ayudar et tener cient cavalleros entroa que las huestes li salgan de la tierra si por aventura el rey fuere a fazer mal a sus enemigos el obispo debeli dar estos cient cavalleros que bayan con el rey mas el obispo no deve yr porque ban sovre crisptianos.»

Ms.-3

— F.G.N. 1, 1, 5 y 6: similares a los dos capítulos del Ms.-2 que preceden al Amejoramiento de 1330, pero van epigrafiados («Establecemos por fuero que deve fazer labbat de mont aragon» y «Establecemos por fuero que deve fazer el obispo de pomplona al rey»). Las únicas diferencias son que, en el primero, el Ms.-3

añade, después de «veynnt cavaylleros bien adobados», «et guisados»; y, en el segundo, «el obispo, et deve yr con su cuerpo mesmo, et con estos cient cavaylleros», entre «cient cavaylleros» y «Otrosi si por aventura».

— F.G.N. 2, 6, 13: similar a F.G.N. 2, 6, 12 Ms.-2.

— F.G.N. 3, 2, 4:

«Qui deve pagar diezma de fructo vendido»

«De fructo vendido de vinna si dize el comprador al vendedor que de la diezma deve dar el vendedor, et si ambos se cayllan deve iurar el vendedor que nol vendio la diezma et pague el comprador la diezma iurando el vendedor.»

— F.G.N. 3, 2, 5:

«Como pueden peynndrar a iudios o moros los abbades por las diezmas.»

«Si algunos infançones ó otros homnes dan a iudios ó a moros heredades que adugan fruytos por vendida ó por peynnos ó por donacion ó por alguna manera, et en lur poderío las han assi como crisptianos, assi los iudios et los moros son tenidos de dar diezmas et primicias cada ayngo a la eglesia daqueyllas heredades.

Et si esto non quieren fer assi como por otras deudas los prelados daqueylla eglesia ont son las heredades pueden peynndrar a los tenedores de las diezmas. Empero de las heredades que an de avolorio los iudios et los moros et non pueden ser provados por razon que nunca fueron de cristianos non deven dar diezmas ni primicias mientras son en lur poderio.»

— F.G.N. 3, 5, 9:

«De qui lieva sayon al mercado»

«Si algun seynnor o villano lievan al sayon al mercado por pleyto den le a comer que assi es fuero.»

— F.G.N.3, 16, 4: similar a F.G.N. 3, 15, 4 Ms.-2.

— F.G.N. 5, 3, 3:

«De fidalgos reptados como deven combater»

«Quoando algunos fidalgos ovieren a combater por fecho de reptorio, et les avran dado dia et logar cierto por iuyzio, el reptador y el reptado deven ser en aqueyll dia en el logar por fer la

bataylla, cada uno con su captenedor et con los fieles que seran escogidos por la cort et quando fueren dentro en el campo los fieles les deven partir el sol, et partido el sol di adelant el reptador et el reptado fagan lo myllor que podieren, et los fieles deven fincar dentro en el campo por catar si alguno sacara algun miembro fuera de la barrera, et si por ventura alguno deyllos sacare algun miembro fuera de la barrera, devenli cortar los fieles quanto sacare.

Aqueyllo mesmo deven fazer de los cavayllos. Et si por ventura el reptador matare al reptado no es tenido a mas, et si lo echa del campo bivo ó el su cavayllo mismo lo sacare ferendolo de golpe que sayllga sangre del cavayllo, ol fiziere dizir por su boca assi que los fieles lo oyan que es tal traydor como el reptador lo clamo, ququalquiere destas cosas el reptador diziendo ha cumplido su entendimiento, et la iusticia del reptado et los sus bienes sean en mano del seynnor, mas si fu el et en defendiendo la su fe es quito del mal dicho, et non deve aver otra iusticia. Et si por ventura el reptado matare al reptador ol sacare del campo, o fiziere desdizir assi que lo oyan los fieles, o sil meniare tres dias ququalquiere destas quatro cosas faziendo el reptado es quito del mal dicho que li fue.»

Ms.-5

— F.G.N. 3, 16, 4: similar a F.G.N. 3, 15, 4 Ms.-2 y F.G.N. 3, 16, 4 Ms.-3.

— F.G.N. 3, 16, 6 y 7: similares a F.G.N. 3, 10, 4 y 5 Ms.-2.

— F.G.N. 3, 20, 8:

«Quando marido et muger estinan el uno moriendo el otro non puede desfazer»

«Si marido et muger fazen destin en uno et encierra aquell destin, moriendo el uno dellos el otro non puede desfazer el estin. Maguera viviendo ambos si les semeiare que el estin no es bien fecho bien pueden emendar o amejorar que a todo fidalgo vale el postremero estin.»

— F.G.N. 6, 8, 2:

«De qui faze era de Nuebo»

«Si alguno faze era de nuevo cabo la casa de alguno et es la casa mas anciana que la era et faze embargo la paia o el grano al señor de la casa en su casa dentro, deve el señor desta era cubrir toda la casa de terliz mientras las tallazones duraren.»

— «*T.º de reptorios*»

«Prima ley»

«Antigamente los fijosdalgo con consentimiento de los Reyes pusieron entresi amiztat et dieronse fe unos a otros dese la tener el desse non fazer mal unos a otros a menos dese non tornar ante amiztat et dese desafiar et por end quando hun fidalgo ha razon de caloniar a otro por tuerto que le aya fecho deve tornar amiztat et desafiarlo et aquestta es amiztat et la fe quel torna quando desafia la que fue puesta antigament assi como es sobre dicha et desde aqueyll dia quel desafia no le ha de fazer mal ata X dias.»

«Segunda ley»

«Todo fidalgo que a otro matare o lisiare o feriere o corriere ol prisiere con el ante que lo aya desafiado es por end alevoso et pueda le dezir mal ante el Rey que es ende alevoso et tal dicho como este es clamado Riepto et si el fidalgo feriere a otro omne o otro omne a fidalgo o otros entresi que non sean fijosdalgo non son por ende alevoso si non lo fizieren entregoa o en pleito que hayan puesto uno a otro ca el pleito de amiztat antiga non fue fecho si non tan solament entre los fijos dalgo.»

«Tercia ley»

«Si fidalgo a otro fidalgo quemare o derribare casas o cortare vina o arboles o forçare aver o heredat o fiziere otro mal que non tenga en su cuerpo maguer no lo aya ante desafiado no es por end alevoso. Pero si gelo fiziere entregoa es por end alevoso si lo fiziere assabiendas casi lo fiziere assabiendas, casi lo fiziere por yerro develo emendar quando le fuere demandada la emienda et si emendar non lo puede por ende devele dizir mal.»

«Quarta ley»

«Si algun fidalgo dixiere mal a otro en tal manera que si no le emendare lo quel fezo que es por end alevoso si el fecho fuere atal porque le pueda dezir depues que lo emendare non sea tenido de desdizir se qua cumple si le dixiere depuesque es leal et si

el fecho fuere atal que non caya en aleb desdiga se et aya la pena desta ley.»

«Quinta ley»

«Fidalgo que a otro quisiere reptar rieptelo ante el Rey et no ante richombre ni merino ni ante otro omne ninguno ni de orden ni de sieglo qua no ha otro omne poder si Rey no dedar fidalgo por alevoso ni de quitar lo del Riepto si non fuere provado aqueylo de que fue reptado. Et maguer le sea provado o sea yurgado por alevoso el Rey lo puede dar por quito et por leal si tanta merced le quiere fazer qua tan grant es el drecho del poder del Rey que todas las leyes et todos los drechos tiene de sus si et el su poder no lo ha de los omnes mas de dios cuyo logar tiene en todas las cosas temporales.»

«Sexta ley»

«Qui quiere que a otro reptar quisiere develo reptar en esta guisa fagalo clamar ante el Rey diga el fecho porque lo riepta et diga ende que es alevoso et que gelo fara dezir o lo matara o lo porra fuera del plazo et si gelo quisiere provar por testigos o por carta o por pesquisa del Rey diga gelo et el reptado diga que mientre et si quisiere combatir diga que fara quoanto el Rey mandare.»

«Septima ley»

«Si el reptado entendiere que el fecho de que lo riepta no es tal porque eyll sea alevoso maguer que lo aya fecho depuesque desmintiere puede si quisiere demandar drecho daqueylo que le fue dicho et no yr mas por el pleito et el Rey deve le fazer aber drecho et esto mesmo sea quoando alguno reptare a otro que non pueda reptar et es drecho que se desdiga puesque dixo loque non devia o que non podie dezir et finque por su enemigo esto mesmo sea si fuere vencido o non podiere provar loque dixo.»

«Octava ley»

«Puesque el reptado desmentiere en su poder es de combatir sobre el riepto o no qua el Rey no ha demandar lidiar por riepto mas quoando ambas las partes son abenidas en la lid el Rey les deve poner dia et dar les plazo enque lidien et mandar conque armas lidien et poner los fieles que vean et que oyan lo que fizieren et que les partan el campo et el sol et que les digan anteque se combatan como han de fazer si tienen las armas que el Rey manda o mas o menos et ante que los fieles sean partidos de entre eyllos cada uno puede mejorar en cabayllo o en armas.»

«Nona ley»

«Los fieles puestos por el Rey han de meter el reptador et el reptado en el plazo que fuere puesto por el Rey o por qui eyll mandare et hanles de mostrar los mejores todos del plazo porque entiendan et sepan bien su plazo deque no han desallir si non quando los mandaren et como los mandaren sayllir el Rey o los fieles. Ca quoyal quiere deyillos que sin mandamiento del Rey o de los fieles saylliere del plazo por su voluntat o por fuerça del otro combatador sera vencido. pero si por maldat de cabayllo o por rienda quebrantada o por otra occasion manifesta segunt bien vista de los fieles contra su voluntat et non por fuerca del otro combatador saylliere del plazo si luego que podiere de cabayllo o de pie tornare al plazo non sera vencido por tal sayllida.»

«Xª ley»

«Si el reptador fuere muerto en el campo el reptado finque quito del riepto. Maguer que el reptador non sea desdicho et si el reptado muere en el campo et non se otorgare que fezo el fecho deque fue reptado muera quito del riepto qua razon es que se quito qui deffendiendo su verdat prende muerte.»

«XI ley»

«Maguer que ante del nuestro tiempo los cabayllos et las armas de los que sayllien del plazo ante que los fieles los dent saquassen eran del mayordomo del Rey tan bien delos vencedores como delos vencidos. Nos queriendo fazer bien et mercet a nuestros fijos dalgo. Mandamos que los cabayllos et las armas que sayllieren del campo que los ayan sus dueynos o sus herederos de aqueyllos que murieren en el plazo. Pero tenemos por drecho et mandamos que los cabayllos et las armas de los que fueren vencidos por alevosos quier salgan del campo quier no que los aya el mayordomo del Rey.»

«XII ley»

«Quoando el reptado se echare a loque el Rey mandare et no a lid si el reptador quisiere probar loque dixo por testigos o por cartas, pongan el Rey plazo aque prueve et si lo provare con fijos dalgo vala la prueba et si non podiere por fijos dalgo o por carta que deva valer segunt que manda la ley non vala.»

«XIII ley»

«Si por ventura el reptador non quisiere probar lo que dize si non por pesquisa de Rey o por lid et el reptado non quisiere la

pesquisa ni la lid sea quito del Riepto qua no es tenido si non quisiere de meter su verdat ha pesquisa ni a lid et el reptado aya la pena que manda la ley.»

«XIII ley»

«Todo fidalgo pueda reptar a otro por fecho que caya en aleb que fiziere a eyll o a su seynnor o a su padre o a su madre o a su fijo o a su fija o a hermano o a hermana o a parient o a parienta porque deva coloniar et qui por otro reptare aya la pena dela ley et el reptado sea quito mas goarde se el reptador que non riepte por ninguno de los sobre dichos si non por su señor demientre que aqueyll por qui riepta fuere vivo qua non deve en riepto. Personero ser recibido fueras si reptare por muger o por ommne de orden o por tal que non pueda o non deva tomar armas qua bien queremos que por fecho que entre tales caya pueda reptar cadauno de sus parientes maguer que sea bivo aquell por qui riepta.»

«XV ley»

«Ningun traydor ni alevoso ni fijo de traydor non pueda reptar a otro onme ninguno et que non pueda ninguno reptar de mientre que con el ovriere tregoa, maguer que en essa le aya fecho porque ni omne reptado non pueda reptar a otro ante que sea quito del Riepto ni omne que se aya desdicho ni uno por otro si non fue por aqueyllos que manda la ley et quoando quisiere alguno reptar condrecho por otro porque pueda reptar con drecho riepte en su nombre diziendo que val menos por lo que fizo et que lo provara por lid o por testigos o por pesquisa de Rey qua si dixiere quel riepta por aqueyll que manda reptar non sea oydo ca en riepto non deve ser recibido persono.»

«XVI ley»

«Maguer que constumbre es que el reptador cometa al reptado. Depues que son en el plazo si el reptado cometer quisiere en antes pueda lo fazer.»

«XVII ley»

«Qui por algun fecho reptare ados o mas los reptados non sean tenidos si non quisieren de recibir par; mas el reptador cate lo que faga ca aquoantos reptare, a tantos abra de combater o a cada uno dellos quoyal mas quisieren si los reptados quisieren lidiar et non quisieren recibir par et si muchos ovieren razon de reptar a

uno sobre algun fecho escoian entre si uno dellos que lo riepte et con aqueyll entre eyllos.»

«XVIII ley»

«Si depues que el pleito del riepto es empecado anteque sea fenecido quiere el reptador, quiere el reptado si ambos morieren si non fincare por el reptado deseguir su pleito finque el reptado quito si quiere muerto si quiere vivo mas si acayeciére la muert dequalquiere deylos si quiere de ambos non siguiendo el reptado su drecho si quiere non viniendo seguro si quiere parandolo por rebuelta desguisada non finque quito muerto nin vivo.»

«XIX ley»

«Mandamos que puesque alguno reptare a otro que esten entregos por si et por sus partes et que segoarden unos a otros en todas las otras cosas si no en el mismo riepto et en lo que perteynece al riepto.»

«XX ley»

«Si el reptador matare en el campo al reptado o el reptado al reptador el vivo non finque enemigo delos parientes del muerto por razon de aqueylla muerte et el Rey faga li perdonar et assegurar de los parientes del muerto si de algunos oviere miedo o regoardio por esta razon.»

«XXI ley»

«Maguer que el muerto dexe fijos cada uno delos otros parientes pueda reptar por la muerte del. Mas si fijo o pariente mas propinquo quisiere reptar sea recebido el mas propinquo et el reptado non pueda desechar el reptador por razon que hay y otro parient mas propinquo et si el reptado se defendiere por lid o por testigos o por pesquisa et el reptador fuere vencido no lo puede otro mas reptar por aquella razon. Maguer que sea mas propinquo el que depues lo quisiere reptar mas si defendiere sen lid o sen pena como si lo echare porque no lo puede reptar por razon desu persona non pueda echar otro pariente propinquo que lo quiera reptar por aquella razon.»

«XXII ley»

«Quoando algun omne poderoso fiziere a otro de menor poder o de menor guisa cosa que caya en aleb pueda gelo dizir et el poderoso si quisiere combatir gelo pueda lo fazer o dar le su par: mas el qui riepta non puede dar par en su logar al reptado si el reptado non quisiere et quoando par fuere adar deve ser par tan

bien en linage como en vondat et en casamiento et en sennorio et en fuerca qua no es ygoaldat hun omne muy valient combater se con omne dechiqua fuerça et eyll ha dedar par et diere omne que vala mas por linage o por las otras cosas ental que non sea mas valient que se quiera fazer del otro par no lo pueda deschar.»

«XXIII ley»

«El reptado que fuere vencido por alevoso sea echado dela tierra por jamas et pierda la meatat de quanto oviere et ayalo el Rey et non muera por razon del alevoso si el fecho non fue tal que deva morir quienquiere que lo faga.»

«XXIII ley»

«Si en el primer dia el reptado o el reptador non fuere vencido o la noche o ante si ambos quisieren o el Rey mandare los fieles saquen los del plazo et pongan los ambos en una casa et fagan les egoaldat en comer et en vever et en yacer et en todas las otras cosas guisadas. Pero si el uno mas quisiere comer o vever que lo otro dengelo et al dia que los ovieren atornar en el plazo tornen los en aqueyl mesmo logar en aqueylla mesma guisa de cabayllos et de armas et de todas las otras cosas enque estaban quando les ende sacaron et si el reptado podiere defender se por tres dias en el plazo que non sea vencido passados los tres dias finque quitto; el reptador aya la pena que manda la ley.»

«vicesima quinta ley»

«El riepto del traydor en esta mesma guisa se faga que el del alevoso et la prueba. Otrossi: et maguer que mayor pena aya el traydor que el alevoso. Mandamos que el reptador, por traytion no aya mayor pena sin non probare loque dixo que el reptador por alevoso. Traydor es quiquiere que mata su señor o lo fiere o lo prende o mete enell mano a mala part o lo manda o lo conseia fazer o quien alguna destas cosas faze a fijo de su señor natural da o adaqueyll que deve regnar de mientre que non saylliere demandado de su padre. Otrossi traydor es qui yace consu muger de su señor o qui es en consejo que otro iaga con eylla. Otrossi traydor es quien deshereda su Rey o en conseio de desheredarlo et qui traye castieylo o villa murada.»

«vicesima sexta ley»

«Todo traydor muera por la traytion que fiziere et pierda

quoanto ha et aya lo el Rey. Maguer que aya fijos de bendition o nietos o dent aiuso.»

Ms. A. Cat.

— F.G.N. 2, 6, 11: similar a F.G.N. 2, 6, 12 Ms.-2 y F.G.N. 2, 6, 13 Ms.-3.

— F.G.N. 3, 2, 4 y 5: similares a F.G.N. 3, 2, 4 y 5 Ms.-3.

— F.G.N. 3, 16, 4: similar a F.G.N. 3, 15, 4 Ms.-2 y F.G.N. 3, 16, 4 Mss.-3 y 5.

MERCEDES GALÁN LORDA

LA LIBRERIA DE DON FELIPE DE ITURRUCHA RETES, ABOGADO DEL SECRETO DE LA INQUISICION DE VALLADOLID

Año 1685

Desde el momento mismo de su creación, el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición necesitó de un numeroso grupo de funcionarios que pusieran en marcha la complicada máquina administrativa de la citada institución. Para ello, tanto en la sede central —la Suprema—, como en los tribunales provinciales, se encontraban notarios, archivistas, escribanos, porteros, tesoreros, consejeros y, claro está, abogados que pudieran dar una validez jurídica a las sentencias emanadas del Santo Oficio. Sin embargo, de todo ello y de la importancia que la Inquisición tuvo en la Historia de España, es muy poco lo que se sabe de toda aquella legión de funcionarios vinculados a ella, y que tuvieron una importancia decisiva en su organización y funcionamiento. La causa de este injustificado olvido estriba en el hecho de que es más espectacular el estudio de la Inquisición española en su conjunto que el de los inquisidores y demás personal de la misma, mucho más árido y farragoso. Si poco se sabe de los grandes inquisidores, tales como Tavera, Espinosa, Niño de Guevara o Zapata, mucho menos se conoce de otros personajes que ocuparon altos cargos dentro del Santo Oficio. Para tratar de paliar este vacío informativo, vamos a dar a conocer la biblioteca de don Felipe de Iturrucha Retes, abogado del secreto de la Inquisición de Valladolid, pero antes esbozaremos un breve apunte biográfico.

Don Felipe de Iturrucha Retes nació en la localidad alavesa de Salmantón, como fruto del matrimonio formado por dos hidalgos del lugar, don Pedro de Iturrucha y doña Catalina de Retes. Muy joven debió pasar a Valladolid, donde se doctoró en jurisprudencia y se ordenó sacerdote. Felipe IV, que debió apreciarle mucho, le nombró su capellán mayor y teniente de limosnero mayor. Fue, además, don Felipe de Iturrucha arcipreste de Sal-

mantón y Quejana, y al final de su vida, visitador general de las casas de campo y bosques reales durante el reinado de Carlos II. Todos aquellos cargos cortesanos fueron simultaneadas con el de Abogado del secreto de la Inquisición de Valladolid.

El día 9 de mayo de 1685, y ya en el umbral de la muerte, don Felipe de Iturracha otorgaba su testamento. En él pedía que su cuerpo fuese depositado en «la boveda que tiene el señor marques de mejorada y de la breña en los Recoletos agustinos desta Corte», en espera de que sus restos mortales fueran trasladados a la iglesia parroquial de Santa Marina de su villa natal de Salmantón, pidiendo a sus testamentarios que su deseo «lo pongan en execucion sin replica ni otra ynterpretacion». Manda también que se digan por su alma 2.000 misas rezadas.

Muy vinculado a su villa natal, lega a «la luminaria del Santissimo Sacramento y fabrica del dicho lugar de Salmanton dos arrobas de aceyte y al santuario de nuestra señora de echaurren le manda mill reales de vellón por una bez para que se distribuyan en hacer un camarín con transparente, sin distribuirlos en otra cosa, de cuyo especial cumplimiento a de cuydar mi primo Don fernando Retes mi primo residente en esta Corte».

Don Felipe de Iturrecha murió en Madrid el 15 de mayo de 1685, iniciándose dos días después el inventario de sus bienes, y una vez concluido se realizó la tasación de los mismos ¹. De esta manera, el día 4 de junio de 1685, Isidoro Caballero «librero» valoraba la biblioteca del abogado difunto. La librería de don Felipe de Iturracha se componía de un total de 93 títulos que hacían un total de 116 tomos, cifra relativamente alta para la época, habida cuenta de la cantidad de trabas de todo tipo que encontraba la producción libraria de la época. La temática de la librería era enormemente variada, puesto que se encontraban libros de historia, como los de Pedro Abarca y Martín Carrillo; de ascética y mística, sermones, biografías, etc. Poseía, además, el *De bene Inquisitione*, las Leyes de Vizcaya, y otras representativas de Juan Eusebio Nieremberg, César Baronio, fray Luis de Granada, fray

¹ Archivo Histórico de Protocolos de Madrid Protocolo • 8775 Sin foliar En este documento se recoge tanto el testamento como el inventario y tasación de los bienes de don Felipe de Iturracha y Retes

Juan Márquez, etc. Sin embargo, la parte más importante de la biblioteca de don Felipe de Iturrucha estaba formada por obras de derecho y jurisprudencia de los más ilustres juristas españoles y europeos de los siglos XVI y XVII, entre ellos Gregorio López Madera, Egidio Castejón, Diego de Covarrubias, Alonso de Villadiego, Antonio Gómez, Cristóbal Paz, Luis de Molina, Luis Velázquez Avendaño, Alfonso de Olea, Jerónimo del Castillo Bobadilla, Juan Gutiérrez, Francisco Mantica, Agustín Barbosa, etc. La tasación se realizó de la siguiente manera:

— Primeramente, dos tomos del Bene de Inquisitione lugduni mill y seiscientos y sesenta y siete, 50 rs.

— Tres libros Nueva recopilacion del año quarenta, 140 rs.

— Ocho libros Juan Gutierrez opera de diferentes impresiones y años (Juan Gutierrez.—Opera), 150 rs.

— Quatro libros de las partidas de Gregorio Lopez con el repertorio Valladolid diferentes años (Alfonso X.—Las siete partidas glosadas por Gregorio Lopez Madera), 100 rs.

— Dos libros Castejon alfabeto Juridico Madrid mill seiscientos y setenta y ocho (Egidio de Castejon.—Alphabetum juridicum canonicum, civile, theologicum practicum, morale atque politicum, Madrid 1678), 88 rs.

— Un libro Molina de pignoribus Jenoba mill seiscientos y cinquenta y uno, 40 rs.

— Un libro ansaldo de Juriditione Lugduni mil seiscientos y cinquenta y tres, 18 rs.

— Ydem Consilia, 18 rs.

— Dos libros Cobarruvias opera Salamanca mill quinientos setenta y seis (Diego de Covarrubias.—Opera omnia), 30 rs.

— Dos libros Politica de Bobadilla barcelona mil seiscientos y veinte y quatro, el segundo manchado de tinta (Jerónimo Castillo de Bobadilla.—Política para regidores y señores de vasallos en tiempo de paz y guerra y para prelados, Madrid 1597), 80 rs.

— Un libro Politica de Villadiego (Alonso de Villadiego.—Instruccion Politica y practica judicial, Madrid 1612), 12 rs.

— Un libro practica de paz (Cristobal Paz), 16 rs.

— Un libro paz de tenuta (Cristobal Paz.—De tenuta seu interdicto et remedio possessorio summarissimo, Valladolid 1615), 16 rs.

— Antonio gomez un libro bariarum (Antonio Gomez.—Va-

riarum resolutionum juris cicilis comunis et Regii libri III. Salamanca 1552), 20 rs.

— Ydem leyes tauri salamanca mil quinientos y setenta y cinco (Antonio Gomez.—In leges Tauri commentarium absolutissimos, Salamanca 1555), 12 rs.

— Otro libro Molina de primoxenites Lugduni mil quinientos y nobenta y ocho (Luis Molina Morales.—Hispaniorum primogeniorum originae ac nature, Alcalá de Henares 1573), 8. rs.

— Dos libros ydem adictioadores, 24 rs.

— Un libro Garcia de nobilitate Alcala mil quinientos ochenta y siete, 18 rs.

— Otro libro ydem de expensis sin principio, 12 rs.

— Otro libro lambertino de Juri patronatis Venecia mil y quinientos y setenta y dos, 300 rs.

— Otro libro Mantica de Conyituris Lugduni mil quinientos y setenta y dos (Francisco Mantica.—De conjecturis ultimorum voluntatum, Lyon 1572), 300 rs.

— Otro libro barbosa de pensionibus Barselona mil y seiscientos y setenta y cinco (Agustín Barbosa.—Praxis exigenda pensiones contra calumniantes, Barcelona 1635), 8 rs.

— Otro libro ydem Canonico (Agustín Barbosa.—Reperitorium juri civilis et canonici), 8 rs.

— Un libro practica de bajo Valladolid mil y seiscientos y quarente, 12 rs.

— Otro libro Avendaño de exseguendis Salamanca mil quinientos y cinquenta y quatro (Luis Velazquez de Avendaño), 8 rs.

— Otro libro olea decissiones Jure Lugduni mil seiscientos y sesenta y nueve (Cristobal de Olea.—Tractatus de cessione jurium et actionum theoricis, Valladolid 1652), 34 rs.

— Otro libro ydem balladolid mil seiscientos cinquenta y dos, 10 rs.

— Otro Otalora de nobilitate Salamanca mil quinientos y cinquenta y nueve, 12 rs.

— Otro libro Ritos opusculas mil quinientos y cinquenta, 12 rs.

— Otro ydem adbersaria, 4 rs.

— Dos de francia de don francº. del Manzano (Francisco Ramos del Manzano.—Respuesta de España al manifiesto de Francia, Madrid 1668), 64 rs.

- Curia Philipica Madrid mil y seiscientos y cinquenta y dos, 16 rs.
- Otro libro ayora (Harnando de Ayora seudonimo de Fernando Avila de Sotomayor), 12 rs.
- Otro libro norte de la contratacion de Yndias Sevilla mill y seiscientos y setente y dos, 30 rs.
- Otro libro Messa Resoluciones varias genoba mil seiscientos y cinquenta y ocho, 24 rs.
- Otro libro Roxas de yncontabilitate (Hermenegildo Rojas.—Tractatus posthumos de incompatibilitate regnorum de majoritatum, Lyon, 1669), 20 rs.
- Otro libro abarca anaes de Aragon mil seiscientos y ochenta y dos (Pedro Abarca.—Los reyes de Aragón en Anaes históricos distribuidos, Madrid 1682), 20 rs.
- Cinco libros poblacion eclesiastica de España, 50 rs.
- Otro descripción del Escorial mil seiscientos y ochenta y uno (fray Francisco de los Santos.—Descripción breve del monasterio de San Lorenzo del Escorial, Madrid 1657), 20 rs.
- Otro libro balerio de Coerone Madrid mil y seiscientos y setente y cinco, 14 rs.
- Otro libro Burgos de paz, 8 rs.
- Otro Soto de Justitia et jure (Domingo Soto.—De justitia et jure, Salamanca 1569), 10 rs.
- Otro libro estabezimiento della horden de Santiago mil seiscientos y cinquenta y siete (Anonimo.—La regla y establecimiento de la Orden de Cavalleria de Santiado de la Espada con la historia del origen y principio de ella, Madrid 1552), 16 rs.
- Otro en estrossa de expensis, 8 rs.
- Otro practica de Maranta, 12 rs.
- Otro lara de las tres gracias, 14 rs.
- Otro directorium iudicum, 5 rs.
- Otro libro tratado de clausulas, 8 rs.
- Otro Bruno legalis cognicio, 10 rs.
- Otro Escobar de raziozinios, 10 rs.
- Otro Tratado militaris, 6 rs.
- Otro Privilexios clericorum, 6 rs.
- Otro filguera Lucerna decretales (Manuel Ambrosio Filguera.—Lucerna decretalis, Madrid 1680), 7 rs.
- Otro Constituzionum, 5 rs.

- Otro practica de procuradores, 6 rs.
- Vida de San Pedro de argues (Francisco Fernandez de Marmanillo.—Vida de San Pedro de Arbués, Logroño 1665), 6 rs.
- Otro practica de bajo, 4 rs.
- Otro Bocabulario de Antonio (Antonio de Nebrija.—Vocabulario), 4 rs.
- Onrras de Phelipe quarto (seguramente Pedro Rodriguez de Montforte.—Descripcion de las honrras que se hicieron a Don Phelipe quarto, rey de las Españas y del nuevo mundo en el Real convento de la Encarnación, Madrid 1666), 4 rs.
- Practica de testamentos de Ripia, 4 rs.
- Otro Junio nomanclator, 3 rs.
- Matienzo (Juan Matienzo), 2 rs.
- Dectiones de filitis, 6 rs.
- Otro Jorje de principis viris, 3 rs.
- Quatro, sermones sueltos, 4 rs.
- Otro Bulas conzedidas al capellan mayor de su magestad, 2 rs.
- Otro Discurso juridico, 4 rs.
- Un missal folio de Antuerpia mil seiscientos y setenta y dos, 120 rs.
- Otro Missal de folio de Antuerpia mil seiscientos y setenta y tres, 140 rs.
- Un breviario a quartilla de marca mayor usado Antuerpia mil seiscientos y setenta y tres, 80 rs.
- Un Diurno de octabo antuerpia mil seiscientos y setenta y ocho, 30 rs.
- Dos breviarios de a quartilla Antuerpia mil seiscientos y setenta y quatro, 114 rs.
- Ritual Antuerpia mil seiscientos y setenta y tres, 20 rs.
- Un quaderno de los Santos de Toledo Madrid mil seiscientos setenta y tres, 20 rs.
- Gobernador christiano Madrid mil seiscientos y cinquenta y quatro (fray Juan Marquez.—El Gobernador christiano deducido de las vidas de Moises y Josue, Salamanca 1612), 15 rs.
- Constancia de la fe de Costel Madrid mil seiscientos ochenta y quatro, 20 rs.
- Anales del mundo de Carrillo guesca mil seiscientos y vein-

te y dos (Martín Carrillo.—Anales y memorias cronologicas que contienen las cosas sucedidas en el mundo, Huesca 1622), 50 rs.

— Leyes de Vizcaya, 24 rs.

— Agricultura de Herrera Madrid mil seiscientos y veinte, 12 rs.

— Perfecto visitador, 8 rs.

— Compas de perfectos, 6 rs.

— Señales de predestinación, 7 rs.

— Sermones de Carrasco (Diego José Carrasco.—Sermones varios compuestos y predicados en el reyno del Perú, Madrid 1680), 6 rs.

— Diferencias de lo temporal (Juan Eusebio Nieremberg.—Diferencias entre lo temporal y lo eterno, Madrid 1647), 7 rs.

— Sermones de biayra (Antonio Vieyra.—Sermones varios, Madrid 1680), 10 rs.

— Segundo tomo de Naxera (Manuel Naxera.—Sermones varios, Madrid, 1658), 6 rs.

— Biblia sacra Antuerpia mil seiscientos y veinte y ocho, 26 rs.

— Vida de San Juan de la Cruz, 5 rs.

— Martirolojio romano (César Baronio.—El martirologio romano, Roma 1686), 8 rs.

— Despertador christiano de garcia Lisboa, 40 rs.

— Medula Moral Lugduni, 6 rs.

— Lamentaciones del padre Gaona Madrid mil seiscientos y setenta, 20 rs.

— Simbolo de la fee de fray luis de Granada Madrid mill seiscientos y quarenta y seis (fray luis de Granada.—Instroducción al símbolo de la fé, muchas ediciones), 30 rs.

Queremos subrayar que el estudio y análisis de las bibliotecas acumuladas por los funcionarios españoles de los siglos XVII y XVIII están conociendo en la actualidad un inusita auge entre los investigadores, y ello se ha materializado en la aparición de numerosos libros y artículos sobre tan interesante faceta de la cultura española, y que han puesto de relieve la importancia de la

formación cultural de los letrados de la época, como muy bien ha estudiado Janine Fayard ².

Del resto de los bienes de don Felipe de Iturrucha destacaremos una buena serie de objetos de plata, tasados el 4 de junio de 1685 por el contraste Gabriel Mayers, y una pequeña colección pictórica, valorada un día después, por Alfonso Gandulfo, en la que se incluía un retrato de Carlos II, y un curioso cuadro de «una pintura de pluma de la Yndia, de nuestra señora del Rosario, el angel de la Guerda y san sebastian», 24 de rs ³.

JOSÉ LUIS BARRIO MOYA

² Janine FAYAR, *Los miembros del Consejo de Castilla (1621-1746)* Madrid, 1982, pp 461-477

³ El trabajo de plumería fue cultivado con singular fortuna en el México precolombino, y tras la conquista, esta técnica artística se aplicó a reproducir escenas religiosas en pequeños cuadros de oratorio. Este tipo de obras fue muy apreciado por las clases privilegiadas españolas del siglo XVII.

LAS ORDENANZAS DE MAQUEDA (1399)

Las ordenanzas de Maqueda están incluidas en los fondos del Archivo Histórico Nacional, más concretamente en la heterogénea sección de Diversos, Concejos y Ciudades (AHN, Diversos, Concejos y Ciudades, leg. 347). Están escritas sobre pergamino, con una caligrafía propia de los códices. La escritura se realiza a dos tintas, roja y negra. En conjunto, todas las ordenanzas quedan agrupadas en un cuaderno de veintinueve folios, con un tamaño de la hoja de $\frac{1}{4}$, y cosido con hilo de cáñamo.

Las ordenanzas disponen, en distintas leyes, normativas relacionadas con el sector primario de la producción concejil, su redacción se encamina por y para los moldes del campo. Por tanto, es una legislación del mundo rural, con dos grandes subsectores, la ganadería y la agricultura. No obstante, se observan algunas tímidas referencias a los sectores secundario y terciario más propios del ámbito urbano. Este marcado carácter rural tiene su explicación, sobre todo por la situación geográfica y temporal de la villa de Maqueda dentro del gran espacio territorial que supuso el reino de Toledo y, por supuesto, la importancia de estos dos subsectores dentro del esquema espacio-tiempo y sociedad-economía.

Este inapreciable documento, histórico-jurídico-administrativo, necesita de un estudio mucho más profundo, insistiendo sobre todo en el esquema presentado, y que abarca los tres ámbitos productivos del concejo, el marco jurídico de las ordenanzas, el aparato administrativo y su influencia en la sociedad de Maqueda. El esfuerzo científico quedará plasmado en un análisis completo del documento aquí presentado, y que espero salga a la luz lo más pronto posible.

APENDICE DOCUMENTAL

1399, octubre.

LIBRO DE ORDENANZAS DE MAQUEDA

A.—AHN, Diversos, Concejos y Ciudades, leg. 347.

Este libro de ordenamiento, establecieron et ordenaron el concejo et hombres buenos de la villa de Maqueda, et lo mandaron trasladar et concertar en la manera que está escripto. Et mandaronlo de sus rentas pagar. Et fue fecho et concertado en el mes de octubre. Anno Nostris domino, M CCC XCIX annos.

En el nombre de Dios et de Sancta María. Et éste es el cuaderno del ordenamiento que fasemos nos, el concejo de Maqueda, en razón de la jura demandar que manera lieven las caloñas (deteriorado), juraron que ovieren de guardar las nuestra tierra de todos aquellos que cayeren en ellas.

1. *Ley primera: del daño que el omme fallare en los suyo de como le deven dar los jurados den lo fizo.* (Deteriorado), manera le sea dado el dañador fasta tercer día, del día que ge lo demandare, et que den el ganado más cercano que y fallaren. Et si ge lo non dieren que pechen el daño a su dueño.

2. *Ley II: de como los jurados deven ser creidos por su jura.* Et otrosi ponemos que los jurados sean creidos en todas las caloñas por su jurados, jurados en uno, o un jurado con un vezino, o con dos vezinos. Et que los jurados puedan levar qualquier caloña por jura de un vezino, que sea de buena fama. Et su los jurados fallaren faziendo daño en panes o en viñas que lo vengán luego dedes a sus dueños; o en huertas, o en serondajas¹, o en olivares, o en otra cosa qualquiera que daño fallaren faziendo. Et si prenda tomaren que le tengan en si fasta que lo digan a su dueño a quien fizieron el daño. Et lieve el apreciamiento del daño o la pena quel más quisiere, assi como los jurados con su jura dellos. Et si non lo vinieren dezir a su dueño fasta tercer día, que ellos que pechen el daño a su dueño. Otrosi ordenamos que en las dichas caloñas sean creidos dos vezinos, en uno, por su jura.

¹ Serondaja: tierras de frutos tardíos.

3. *Ley III: de los ganados que fizieren daño que pena han.* Otrosi ponemos que los ganados que tomaren faziendo daño en panes, o en viñas, o en olivares, o en huertas, o en çumacales², o en serondajas que lieven de las ovejas et de las cabras, de cada cabeça, dos coronados. Et de los puercos, de cada cabeça, dos coronados. Et de los bueyes, et de las vacas et de las yeguas, cada cabeça, ocho novenos. Et de los asnos, cada cabeça, quatro novenos. Estas caloñas que sean de noche dobladas. Et los dueños del daño que lieven estas caloñas la meitad de lo que es contado a los jurados, o al apreciamiento del daño qual más quisieren. Et de los panes que non puedan levar apreciamiento, nin de las serondajas, nin de las alcarreñas³ fasta primero día de março, salvando el entrada del ganado. Et todos aquellos que asnos metieren, a sabiendas baldíos, en las viñas, del primero día de março adelante, que peche la pena sobre dicha. Estas caloñas que sean de noche dobladas.

4. *Ley IIII: de la pena de los pastores.* Otrosi todo dueño o pastor, que con ganado qualquier que sea, fiziere daño estando delante, a sabiendas, en panes, o en viñas, o en serondajas, o en olivares, o en alcarreñas o en çumacales, et le y fallaren que peche sesenta maravedíes: el tercio para los jurados, et el tercio para los alcaldes⁴, et el tercio para el concejo et el daño a su dueño doblado. Et si non oviere la cuantía⁵ que le den sesenta açotes.

5. *Ley V: de la guarda de los prados.* Et otrosi ponemos que los nuestros prados o las nuestras dehesas sean guardadas, en todo el año, de ovejas, et de cabras, et de puercos et de vacas. Et de los que y tomaren pechen la pena en la manaera que dicha es, salvando, ende, las ovejas que tomen los jurados, de cada cien una. Et si una entrare aquella sea suya. Et si entrare de ciento arriba, quantas quier sean, que tomen dos, et dende adelante a este ciento. Et que non tomen carnero murueco⁶, nin oveja, ni car-

² Çumacales. arbusto anacardiáceo de tres metros de altura, con tallos leñosos, hojas compuestas de hojuelas ovales, dentadas y vellosas. Flores en panoja y fruto drupácio. Su corteza es muy rica en tanino y lo emplean los zurradores como curtiente.

³ Alcarreñas: terreno alto y, por lo común, raso y de poca hierba

⁴ Alcaldes: alcalles, ms.

⁵ Cuantía: contía, ms.

⁶ Murueco: carnero padre.

nero encerrado, et si lo tomaren que lo pierdan el derecho que y ovieren et lo tornen a su dueño. Otrosi que desde el día de Sant Miguel de setiembre, fasta el primero día de febrero, que anden los bueyes et las yeguas por todos los prados. Et desde el primero día de febrero adelante que sean amojonados et guardado por todo el año et como dicho es. Et otrosi que los ganados de los moros, nin de los judíos nin anden y si non con plazentería del concejo.

6. *Ley VI: de como deven ser seis jurados et non más.* Otrosi ordenamos que los jurados non puedan ser más, nin menos, de seis. Et si los prados ovieremos menester, por mengua de la yerba para nuestros ganados, que podamos tomar dellos los que quisieremos para los bueyes de la arada. Otrosi que ninguno no siegue yerba de los prados, nin en dehesas, fasta que sean por concejo desacotados. Et el que antes y tomaren segando que peche quatro maravedíes a los jurados. Otrosi que non sieguen, y, moro nin judío⁷, nin omme que non sea vezino de la villa, nin tenga y su morada; et si lo y tomaren que peche la pena sobre dicha, salvo si ge lo mandare el concejo. Et si fuere de fuera de la tierra, que non more en la villa, que peche doze maravedíes al que lo y tomaren. Et que los amojonen so pena de doze maravedíes, et que los rieguen.

7. *Ley VII: de los abrevaderos*⁸. Otrosi ponemos que ninguno non sea osado de dar agua a ovejas, nin a puercos, nin a cabras, nin a vacas en todo el arroyo de Prada, salvo en los abrevaderos ciertos. El uno es en la carrera de la Patina, en el fondo de las olivas. El otro en medio de la carrera de Escalona, encima de la nuestra dehesa. El otro es en fondo de la alameda de Prada, la de Sancho Peres. Et el otro en medio de la carrera que va de Santa Olla a Escalona, que es encima de Villa Seca. El que en otro lugar diere agua que peche setenta et dos maravedíes: el tercio para el concejo, et el tercio para los jurados et el tercio para los alcaldes. Et los que dieren agua en estos abrevaderos que non tengan y sies-ta, nin se paren en ellos a pacer más desde que ovieren dado agua. Si se y pararen que peche la pena sobre dicha, salvo el vezino de

⁷ Judío Jodio, ms

⁸ Abrevaderos: abevraderos, ms.

aquí de Maqueda. Si toviere siesta o diere agua en la su heredad propia que non aya pena. Et esto mismo sea en todas las otras abrevaduras de los prados et del arroyo del Frexno.

8. *Ley VIII: de los ganados como pueden andar en el término de aquí, de día et non después.* Otrosi ponemos que ninguno que more fuera de la tierra de Maqueda que non anochesca con ganado ninguno en la nuestra tierra, nin en el nuestro término, más que la vazien antes que se ponga el sol. Así que entren con sol et salgan con sol los de las vezindades. Et sil y tomaren los jurados en la tierra, después del sol puesto, que peche por cada rebaño, chico o grande qualesquier que sea, setenta et dos maravedíes. Et estos que sean partidos por tercios en la manera que dicha es, salvando, ende, los que toviere heredades en que labren por pan en la nuestra tierra, que pueda tener de noche tanto ganado quanto encierren en su corral et non más. Et si non fueren de las nuestras vezindades et anduvieren en la nuestra tierra, de día o de noche, et los y tomaren, que pechen la pena sobre dicha.

9. *Ley IX: de como non echen estiercol en la villa.* Otrosi ponemos que ningunos non sean osados de echar estiercol, nin de fazer muladares⁹ en las calles de la villa, nin a raiz¹⁰ de los muros de la cerca, et que lo y echare que peche quatro maravedíes a los jurados. Et si lo non et si lo non (sic) fallaren echando, que el bezino más cercano de que lo fizo, si non que peche la pena et que eche, ende, el estiercol.

10. *Ley X: de como los jurados non pueden poner a otro en su lugar.* Et otrosi ponemos que jurado ninguno non pueda poner a otro en su lugar, si non fuere por negocio cierto, que non se pueda escusar. Et que los jurados non cohechen con ninguno fasta que la caloña sea fecha, et si cohecharen ante el que lo fiziere que peche çient maravedíes: la meitad para el concejo et la otra meitad para los acaldes.

11. *Ley XI: de los que mamparan la prenda quando los fallaren los jurados faziendo daño.* Otrosi ponemos que si alguno fallaren los jurados faziendo daño, et ellos demandando su derecho, vinieren contra ellos o contra alguno dellos con armas vedadas, que pechen cient maravedíes. Es estos cient maravedíes que sean par-

⁹ Muladares: muralades, ms.

¹⁰ A raíz: arrays, ms.

tidos por tercios, en la manera que dicha es de las caloñas de los setenta et dos maravedíes.

12. *Ley XII: de los que metieren vino en la villa que pena han.* Otrosi que ninguno vezino de Maqueda, nin otro ninguno de fuera, non sea osado de meter vino, nin huva, nin mosto en la villa de Maqueda; nin en sus aldeas, nin en su término, en odres, nin en calabaça, nin en ninguna otra cosa que sea de otro lugar. Et el que lo metiere que pierda los odres, et el vino, et las bestias en que lo troxiere, et las tinajas o la cuba en que lo echare. Et que peche cient maravedíes. Et estos cient maravedíes que sea el tercio para el concejo, et el tercio para los jurados, et el tercio para los alcaldes, en la manera que dicha es.

13. *Ley XIII: del podar las viñas.* Otrosi ponemos que ninguno non sea osado de dar a podar sus viñas, por las rama, a omme que more fuera del cuerpo de la villa de Maqueda, et el que lo fiziere que peche en pena doze maravedíes a los jurados.

14. *Ley XIII: de los regateros*¹¹. Otrosi ponemos que ninguna regatera non sea osada de conprar fruta, nin ortaliza, nin otra cosa que venga de fuera en ninguna manera, fasta tercia quedada. Et si lo comprase que lo pierda lo que comprare, et que peche más quatro maravedíes a los jurados.

15. *Ley XV: del que quisiere comprar civera*¹² *para vender farina.* Et ponemos otrosi que todo aquel que comprare pan en grano, et lo quisiere fazer farina, et lo vendiere por almudes¹³, que lo venda segund la farina fuere puesta por el concejo. Et el que de otra guisa lo vendiere que peche por cada vez que lo vendiere doze maravedíes a los almotacenes.

16. *Ley XVI: de como non deve ninguno traer ganado con lo suyo a pacer, de fuera de nuestro término, en término de aquí.* Otrosi ponemos que ningund bezino de Maqueda, nin de su término, non sea osado de traer ganado ninguno, poco nin mucho, de fuera de término de Maqueda, nin de sus aldeas con lo suyo en ningún tiempo del año, nin de término, yegua, nin cavallo, en su casa de fuera del término para que coma las yervas de la nuestra tie-

¹¹ Regateros. çagateros, ms

¹² Civera trigo con que se ceba la rueda de molino.

¹³ Almudes. medida de áridos de capacidad variable.

rra sin voluntad del concejo. Et que lo fiziere que peche setenta maravedíes. Et estos maravedíes que sean partidos por tercios en la manera que dicha es.

17. *Ley XVII: de la regateras¹⁴ que vertieren mala agua en la plaça.* Et otrosi ponemos que ninguna pescadera non sea osada de verter agua que fieda a la plaça, nin otra cosa. Et la que fiziere que peche por cada vez un maravedí a los jurados.

18. *Ley XVIII: de la regateras que compran para vender que pena an.* Otrosi ponemos que ninguna regatera non sea osada de comprar leña para revender, en todo el año, fasta medio día. Et si lo comprare que peche un maravedí a los jurados, et la leña que ge lo queman en la plaça.

19. *Ley XIX: de los que fazen aparcería para comprar et vender.* Et otrosi ponemos que ningund carnicero, nin regatera non sean dos aparteros, nin tres, en uno, sino que cada uno que conpre et venda lo suyo por si. Et al que lo sopieren que aparcea con otro que peche cada uno doze maravedíes a los jurados.

20. *Ley XX: de la pena de los pastores quando fizieren daño estando ellos delante.* Otrosi ponemos que si algund pastor fallaren los jurados faziendo daño, a sabiendas, de día o de noche, estando delante en qualquier cosa que faga daño, que los jurados quel tomen et trayan ante los alcaldes bien recabdado fasta que peche el daño a su dueño, et la pena a los jurados, et demás que le den sesenta açotes como dicho es. Et si ellos no le pudieren tomar o traer como dicho es, que lo digan al alguazil et que vaya por él, et los jurados que sean sin pena por esta razón. Et qualquier que rogare por la pena del pastor que peche cient maravedíes, et que se partan por tercios como dicho es. Esta pena ponemos de las huertas, que dicha es.

21. *Ley XXI: de los que traen leña de lo ageno.* Otrosi ponemos que ninguno non sea osado de traer de lo ageno leña, verde nin seca, de olivas, nin de vides, nin de figueras, nin de otro árbol ninguno. Et el que lo traxiere que peche doze maravedíes a los jurados, et si non oviere la coantía quel den doze açotes. Et la sarmetadera, nin el cavador, nin otro alguno non sea pueda escusar de la pena por dedes que su dueño ge lo dió, salvo si ge lo die-re de su casa.

¹⁴ Regateras çagateras, ms.

22. *Ley XXII: de los que traen agraz o figos de lo ageno.* Otrosi ponemos que ninguno non sea osado de traer agraz, nin huvas, nin figos, de lo ageno. Et el que lo si ge lo fallaren trayendo que de recabdo donde lo trae, si non que peche doze maravedíes, et si non oviere la coantía que le den doze açotes.

23. *Ley XXIII: de los que traen huvas para vender de suyo o de ageno que pena deven aver.* Otrosi ponemos que ninguno non tra-ya uvas para vender de sus viñas, nin de agenas, fasta que comiençen todos a vendimiar. Nin para colgar, si primeramente non lo dixere a los alcaldes. Et que los coja delante de vinadero de aquel pago onde fuere la viña. Et qualquier que contra esto fiziere, et non diere manifiesto al viñadero como fueron cogidas ante él, que peche doze maravedíes. Salvo si fueren huvas castellanas blancas, el que las oviere, por que las pueda traer para comer en los días establecidos por el concejo.

24. *Ley XXV: de los viñaderos que troxieren huvas para colgar que pena han.* Otrosi ponemos quel viñadero quier tenga viñas quier non, que non cuelgue huvas, nin passe figos, nin otra persona alguna que non toviere viñas, que las non cuelguen. Et qualquier que las colgase que peche doze maravedíes a los jurados, et si non oviere la coantía que le den doze açotes, salvo si las comprare para colgar.

25. *Ley de los que venden azeitunas por celemines que pena an.* Et otrosi que ninguno non sea osado de vender azeitunas a çelemines, nin a fanegas por la judería, nin en otro lugar ascondidamente, fasta que la azeituna sea cogida. Et que desta guisa lo vendiere et el que lo comprare que peche cada uno doze maravedíes, al que ge lo fallare vendiendo, et si non oviere la coantía que le den doze açotes.

26. *Del rebusco del azeituna.* Otrosi defendemos que ninguno non sea osado de rebuscar azeituna fasta que el rebusco sea echado por el concejo, salvo el que rebuscare los suyo. Et que antes fallaren rebuscando que peche doze maravedíes a quienquier que lo y tomare, et si non oviere la coantía que le den doze açotes. Esta misma pena ayan los que rebuscasen con varas en qualquier tiempo que sea.

27. *Ley de la rebusca del azeite.* Otrosi ponemos que ninguno non sea osado de dar sus viñas, nin sus huvas, nin sus azeitunas

a otro a rebuscar fasta que sea desacotado por concejo. El que antes los diere peche doze maravedíes.

28. *Ley XXIX: de los peones que estudieren en la villa por la mañana después que tangan la campana.* Otrosi ponemos que todos los peones desde que fueren cogidos que vayan a fazer su lavor desde que tangan a missa, et qualquier que después que la campana de misa fuere tañida et quedada, le fallaren en la villa que peche çinco maravedíes a los jurados o a los fieles del concejo o a qualquier dellos que los fallaren primero. Et esta misma pena ayan los que vinieren de las viñas antes çient maravedíes. Et que se pare a la pena del daño et los maravedíes que sean partidos por tercios en la manera que dicha es.

29. *De los que van por vino fuera.* Otrosi ponemos que si algund vino menguare en alguna de las aldeas del término de Maqueda que non vayan por vino fuera de nuestro término, nin a otra aldea del término, salvo que vengan por ello aquí a la villa. Et qualquier que de otro lugar lo troxiere et ge lo fallaren, o ge lo pudieren provar, que pierda el vino, et los odres, et la bestia en que lo troxiere, et la tinaja o la cuba en que lo echare, et pague la pena de los çient maravedíes, et que se partan por tercios segund dicho es. Et si menguare en la villa que lo adugan del término mientras que lo y oviere.

30. *Ley XXVIII: de los que metieren vino de fuera.* Otrosi ponemos que qualquier vezino de Maqueda, o de otro lugar, que vino de fuera troxiere a Maqueda, si allegare ante noche, que alvergue essa noche en su casa o en su posada, et otro día mañana antes de las missas dichas que lo saque de la villa. Et si llegare de mañana que essa noche non alvergue en la villa, et si y alvergare, et non se fuere de la villa segund dicho es, que pierda el vino, et los odres, et las bestias en que lo troxiere, et que peche çient maravedíes. Esta pena que sea partida por tercios como dicho es. Et de mientras que lo toviere en la villa que lo non venda en ella, nin el término, et si lo y bendiese que pague la dicha pena. Salvando si fuere castellano de Guadarrama allende o de Alverche allende, et que lo de el tercio menos de como valiere lo valadi de la villa.

31. *Ley de los que troxieren vino de fuera para si.* Otrosi ponemos que el vezino de Maqueda que quisiere traer vino para su beber que enbie por ello del Alverche allende, o de Guadarrama

allende, más que lo non pueda traer de otro lugar aquende de los ríos sobredichos, salvo si ge lo dieren dando o presentando jurado el que lo non compra. Et otrosi el que lo da que ge lo vendió, ni recibió por ello precio alguno. Et si alguno dellos non quisiere fazer esta jura que el que lo troxiere que peche la pena sobre dicha.

32. *Ley XXXVI: de los que arrendaren de los judíos.* Otrosi defendemos que ningún christiano non sea osado de comprar esquilmo de huva, nin arrendar viña de judío, nin de moro, nin la tomar a medias, nin en otra manera alguna, salvo si comprare la raiz con esquilmo, nin poner el vino, nin la huva, en Maqueda, nin en su término. Et qualquier que de otra manera lo tomare o lo metiere, non así como dicho es, que pierda la huva, et el vino, et la tinaja o cuba en que lo metiere. Et demás que peche la pena de los cient maravedíes como dicho es, et partanse por tercios: al concejo, et a los jurados et a los alcaldes, o al que lo acusare.

33. *Ley del regar del agua.* Otrosi ponemos en razón de las aguas que ninguno non sea osado de regar salvo su día o su hora en cual cupiere el agua, segund el que fue partido por el otro quaderno antiguo. El que de otro ge la tomare el agua, et regare con ello, et lo echare en su olivar o en su huerta, manguer el non este y que peche por cada vez XXX maravedíes a su dueño, cuya fuere el agua. Et si atravessare el cauze¹⁵, que non corra agua por él, que peche por cada vez doze maravedíes a los jurados.

34.. *Ley del quebrantar de las aguas como es.* Otrosi ponemos que los jurados que quebranten las aguas, desde el sábado al sol puesto fasta el lunes al sol salido, por aquellos lugares que es acostumbrado de quebrantar. Et el que lo cerrare que peche por cada vez quatro maravedíes, o al que hallaren regando con ello en su huerta o en su olivar como dicho es. Et si por aventura alguno atravessare toda la madre del arroyo por do corre el agua, con céspedes o con estacas, por no corra ayuso, salvando las presas en los lugares do suelen ser fechas de grand tiempo acá, que peche sesenta maravedíes, et que partan por tercios como dicho es.

35. *Ley de los que pescaren en los arroyos.* Et otrosi ponemos

¹⁵ Cauze cabse, ms

que non sea ninguno osado de echar redes, nin nassones¹⁶, nin cuerdas de anzuelo, nin correr el arroyo de Maqueda desde la puente arriba fasta Sant Silvestre, et en el Socena fasta Palomarejo, ni en el de Villa Seca desde donde se ayunta con este arroyo fasta Panna. Et qualquier que con redes, o con nassones, o con mangas¹⁷, o con mandiles, o con otra cosa pescado matare, salvo en la quaresma, que peche por cada vez quatro maravedies. Et si cadoço agotare, o bolviere, o enbellosare con lino, o en otra manera qualquier, et pescado matare, que peche sesenta maravedies, et que saquen partidos por tercios, como dicho es.

36. *Ley XL: de los que pelearn, como les deven tomar treguas, et si non las quisieren otorgar que pena han.* Et otrosi ponemos que qualquier vezino, o otro omme, que peleare o oviere palabras con otro alguno de Maqueda, o en su término, que los jurados o el primer vezino que lo viere que les tome tregua. Et si ge la non demandare que peche quatro maravedies a los jurados o al vezino otro que ge lo acusare. Et si el vezino o los jurados les demandaren tregua o qualesquier dellos non ge la quisiere otorgar, que peche quatro maravedies al que ge la demandare por cada vez que volviere las espaldas, que la non quisiere dar. Et si la non quisiere otorgar, bazie luego la villa et el término esse día, et non esté y más. Et si anocheiere en la villa o en el término que peche por cada noche que durmiere sin tregua cient maravedies, et estos que sean partidos por tercios. Et si alguno oviere tregua con otro, non la pueda echar salvo el día del domingo seyendo el concejo ayuntado a campana repicada, et que esté el otro a los otros delante. Et el que desta guisa la echare, aya tercer día de plazo para que vazie la tierra, et en este comedio non faga mal a la otra parte, nin la otra parte a él. Et si después que vazie la tierra quisiere tornar a ella otorgue la tregua antes que entre en el término. Et si non quantas vezes le y tomaren o le fuere provado peche por cada vez la pena sobre dicha. Et el que tomare tregua a la una parte, fagalo saber luego a la otra parte, et si amas las partes otor-

¹⁶ Nassones. arte de pesca (nassa) que consiste en un cilindro de juncos entretrejos, con una especie de embudo dirigido hacia adentro de una de sus bases y cerrado con una tapadera en la otra para poder vaciarlo.

¹⁷ Mangas. red de forma cónica que se mantiene abierta con un aro que le sirve de boca.

garen la tregua, et si non diga ge lo a la otra parte que se guarde non caya en yerro, et si ge lo non fiziere así saber el que tomare la tregua que peche cient maravedíes, et que se partan por tercios en la manera sobre dicha es. Et otrosi si fuere dicho al jurado que tome treguas a algunos, et non quisiere que peche cinquenta maravedíes, et estos que sea la meitad del concejo, et la meitad de los alcaldes. Et si por aventura firieren uno a otro a golpes, que non sean de muerte, que sea el ferido seguro por el maestro que oviere de sanar. El ferido et sus parientes sean tenudos de otorgar tregua a la otra parte, et a sus parientes. Otrosi de que firió sola dicha pena de los cinquenta maravedíes quantas noches durmiere sin ella del día que fuere seguro por el maestro, et les fuere demandada estando la otra parte en su salvo, et después demande el por su derecho él o otro por él. El otro si el que firiere que pida una casa qual el quisiere de quisiere estar. Et esté y que non salga della fasta que la llaga del ferido sea cerrada. Et si fuera saliere antes que la llaga sea encorada¹⁸, que peche por cada vez que sea provado, sesenta maravedíes, et estos que se partan por tercios en la manera que dicha es. Et en esto non aya fuero nin otra rebuelta. Et todas estas caloñas que dichas son que las puedan también levar el vezino que lo fallare faziendo et lo quisiere acusar, como los jurados en tal que sea omme de buena fama.

37. *Ley XLI: de como non deve el vezino perder las caloñas por tiempo, nin los jurados.* Et otrosi ponemos que non pierdan el vezino sus caloñas del daño quel fiziere por tiempo fasta nueve días del día que fuere fecho el daño; et el jurado fasta quinze días. Et si ante del tiempo conplido de los nueve días fuere la parte que fizo el daño enplaçada et començada a demandar, non pueda después perder por tiempo. Et esso mismo al jurado de los quinze días. Et si en este tienpo non fuere demandado por el dueño o por los jurados pudiesse el que fizo el daño amparar por tiempo que no responde.

38. *Ley XXXII: de como deven ser creidos los jurados.* Es otrosi por que en los yermos non pueden los omnes aver testigos, que los jurados que sean creidos, dos en uno o uno con un vezino, en

¹⁸ Encorada: criar cuero la llaga.

los enplascamientos que fizieren a los que fallaren faziendo los daños por su jura.

39. *Ley de los pastores que tovieren siesta solas olivas con ganados.* Otrosi ponemos que ningún pastor non sea osado de tener siesta, con ovejas, nin con otro ganado alguno, solas olivas desde el día de Sant Johan Baptista en adelante fasta el día de Nabadad. Et que lo fiziere que peche doze maravedies a los jurados por cada vez que lo y tomaren.

40. *Ley XXXIIII: de los que congieren huvas, de día o de noche, en lo ajeno.* Et otrosi ponemos que ningunos non sean osados, de día nin de noche, de coger huvas en las viñas ajenas, et que las cogieren de día que peche por cada razimo un maravedí, et si más cogiere que peche quatro maravedies. Et si los jurados, o los viñaderos, fallaren a algunos de noche furtando huvas que peche cinquenta maravedies a los que lo y tomaren, et si non ovieren la coantía que les den cinquenta açotes.

41. *Ley XLV: de los ganados que entran en los cotos.* Otrosi ponemos que en todo el año non entren ganados ningunos en los cotos de las viñas adelante, et si los y tomaren que peche la pena sobredicha de los ganados.

42. *Ley XLVI: de los ganados que entran en las viñas et quebrantan pulgares o arancan vides que pena an.* Et otrosi si algunos ganados fizieren daño en las viñas en manera que quebranten pulgares de las vides, que peche por cada pulgar tres dineros, et que por la vid ciega tres maravedies, et además el apreçiamiento de la huva a su dueño. Et si de una entrada fizieren daño a muchos que a todos paguen el daño, et demás la pena a los jurados si lo y tomaren.

43. *Ley XLVII de los cohombrales*¹⁹. Otrosi ponemos que si algunos ganados entraren en los cohombrales desque fueren sembrados, fasta que dexen de coger, que si non fizieren daño que lieve su dueño el entrada si quisiere, et los jurados su pena. Et si daño fizieren en manera que corten braços o arranquen matas que peche por cada brazo tres dineros et por cada mata que arranquen de raiz un maravedí, con la jura del dueño, o de los jurados, si

¹⁹ Cohombrales: cogombrales, ms. Planta de huerta, variedad de pepino, de fruto largo y torcido

ellos lo tomaren, et demás que lieven su pena. Et esto que non pueda más montar que fasta sesenta maravedies, et toda la calaña del daño sin de los jurados estando y cabaña fecha.

44. *Ley de como deven traer los perros garavatos*²⁰. Et otrosi ponemos que desde el día que los viñaderos fueren puestos por el concejo et señalaren los cotos de las viñas fasta el día de Todos los Santos, que trayan todos los perros de los ganados çençerros o garavatos, et el que troxiere çençerro que suene bien. Cada quel tomare en las viñas que peche un maravedí a los jurados o al viñadero o al vezino que lo y tomaren, más que ninguno nol fiera, nil mate, et sil firiere o le matare quel peche a su dueño lo que valiere. Et el que troxiere garavato quel non maten, más quel den buenos palos que le escarmienten et non aya otra pena, et sil matare quel peche a su dueño como dicho es. Et quel troxiere garavato que aya en el tres palos en luengo, et uno en el gajo del garavato, y si menos lo troxiere que peche la pena sobredicha. Et otrosi el perro que non troxiere çençerro, nin garavato que peche la pena doblada, et sil matare que non peche por nada.

45. *Ley de los que caçaren en las viñas que pena an*. Et otrosi ponemos que non sea ninguno osado, desde el día de Sant Iohan Baptista fasta quinze días después de Sant Miguel de setiembre, de entrar a caçar en las viñas con galgos, nin con perros. Et que lo fiziere peche pague un maravedí por cada perro o galgo.

46. *Ley IL: de los viñaderos que troxieren huvas que pena an*. Et otrosi ponemos que nengún viñadero non aduga huvas en la noche nin de día. Al que lo troxiere que peche quatro maravedies. Nin corte, nin aduga leña, más de quanto le cumpla para su cabaña. Et esto que sea de lo seco et non de lo otro, et si ge lo fallaren cortando, o trayendo que peche cada vez quatro maravedies al que lo tomare o a los jurados.

47. *Ley de los de Val de Santo Domingo si troxieren a vender figos o huvas*. Otrosi ponemos que los de Val de Santo Domingo que si troxieren huvas o figos acá a vender que non madruguen, nin salgan del aldea con ello fasta que sea de día bien claro, el que de otra guisa tomaren fuera del aldea ante que amanezca que peche doze maravedies a los jurados o al vezino quel tomare. Et

²⁰ Garavatos. bozal

que non pueda ninguno y por figos, nin por huvas a sus viñas, nin agenas, desde que tañieren a vísperas adelante, et si antes fuere que non esté en las viñas desde que se ponga el sol, et sil y fallaren que peche doze maravedies a quel y tomare.

48. *Ley de los que mataren palomas de los palomares que pena han.* Et otrosi ponemos que non sea ninguno osado de matar palomas de los palomares, un trecho de ballesta aderror de la villa, et otra guisa a una legua con ballesta, nin con redes, nin con manganiellas²¹, nin con otra cosa alguna. El qual matare con ballesta que peche quatro maravedies. Et el que la matare o tomare de otra guisa que peche doze maravedies al dueño del palomar más cercano. Et esto que sea un tercio de legua guardado a derredor de la villa a toda partes o del palomar a do estudiere. Et otrosi que peche la pena a los jurados o al vezino que lo acusare.

49. *Ley del viñadero que troxiere perro.* Otrosi ponemos que viñadero ninguno non aduga perro consigo, qualquier que lo troxiere que peche quatro maravedies.

50. *De como enplazen a los pastores.* Et otrosi que los jurados que aplazen a los pastores, o a los que andudieren en el ganado, et ellos que lo fagan saber a sus amos, si ge lo non fizieren saber que pechen las señales a los alcaldes, et la caloña a los jurados.

51. *Ley de los ganados que pacieren en los prados si non fueren de vezino que pena han.* Et otrosi ponemos que los bueyes de Olmediello, nin los de Torquemada, nin los de Quivira, nin de la Fuente de Altamía, los que son de la iglesia de Toledo, nin de todos los otros toledanos, et de las órdenes de Santiago, et de San Johán, et de Alcantara, nin de los de fuera de la tierra, et los otros bueyes de los que labran heredamientos de los que non son de nuestra tierra, que no pascan en los nuestros prados, nin en las nuestras dehesas, si non fuere con nuestra plazentería, pidiéndolo al concejo. Et si otra guisa los y tomare que pechen por cada cabeça de bueyes, o de vacas o yeguas, de día seis maravedies et de noche doblado. Et esso mismo sea de los bueyes que non fueren de Maqueda, nin de su término. Et si otros ganados les fallaren, ovejas, o cabras o puercos, en panes, o en viñas, o en prados,

²¹ Manganiellas: vara muy larga, a la cual se asegura con una cuerda otra vara menor que queda suelta, y sirve para varear las encinas y echar abajo las bellotas

o en olivares que peche por cada cabeça un maravedí et de noche doblado. Et si fuere del nuestro término, que peche de cada yura de bueyes como dicho es, de día doze maravedíes et de noche doblado, et demás el daño a su dueño. Et también los de fuera de la tierra como los de la tierra. Estas dichas caloñas puedan levar los jurados o vezino de Maqueda que sea de buena fama.

52. *Ley de los que quebrantan carreras o senderos que pena an.* Otrosi ponemos que todo aquel que quebrantare carrera o sendero, que sea de lavores o otro qualquiera, que forero et usable sea, que peche la pena de los setenta et dos maravedíes, et que sean partidos por tercios en la manera que dicha es, salvando si jurare que no lo fizo o non lo mando fazer e que lo adobe et sea quito.

53. *Ley que ningún judío non pueda comprar nin axarrar²².* Otrosi ponemos que ningún judío, nin judía, non sean osados de comprar cosa alguna que sea hasta ser quedada de tañer la campana dese día, a qualquier que lo conprare que lo pierda et que peche dos maravedíes de pena a los jurados o a qualquier que lo acusare. Otrosi que non sean osados de axarrar cosa alguna fasta ser pasado medio día, et qualquier que de otra guiza lo feziere que peche lo que assi axarrare, que pague la dicha pena según suso dicho es.

ANTONIO MALALANA UREÑA

²² Axarrar: enajenar

I

EL DERECHO ECLESIASTICO DE LA «ZONA NACIONAL» DURANTE LA GUERRA CIVIL (18-VII-1936 A 1-IV-1939) *

I. PLANTEAMIENTO

Todo trabajo de investigación histórica exige de una previa tarea de precisa delimitación de su objeto; cuando quien pretende realizar dicha tarea no es propiamente un historiador, y ese es el caso presente, tal tarea delimitadora es aún más necesaria. Eso es lo que se pretende realizar, muy brevemente, en este apartado.

Aún a pesar de no ser sociólogo, ni historiador, soy plenamente consciente de que no cabe confundir el Derecho formalmente vigente con el realmente vigente. La autoridad con capacidad real de dictar normas jurídicas puede encontrarse con un cuerpo social reacio a acatar el mandato normativo, lo cual puede transformarse en un proceso de inaplicación real de la norma; tal vez ese sea el caso en el período y en las circunstancias a las que nos referimos seguidamente; aún a pesar de ello me referiré al Derecho formalmente vigente, y no a aquél que realmente estaba en vigor.

Pero si la vigencia del Derecho es categoría muy relativa, en el caso que ahora nos ocupa los problemas a ese propósito son muy superiores a los que se presentan en circunstancias de mayor normalidad. Durante la Guerra Civil de 1936-1939, el territorio nacional se escinde en dos partes, no estables, en las cuales la autoridad competente para dictar normas coincide, desde una perspectiva realista, con la autoridad militar victoriosa. Desde un punto de vista práctico poco importa discutir a propósito de la

* Versión en castellano de la Ponencia presentada en el Seminario «Chiesa cattolica e guerra civile in Spagna nel 1936» celebrado en la Universidad de Nápoles los días 5 y 6 de junio de 1987

legitimidad de dicha autoridad; formalmente podríamos defender la ilegitimidad de la autoridad de la «Zona nacional» para dictar normas jurídicas; considerar que tales normas no eran jurídicas es una posibilidad abierta al investigador; pero, de si tal formalista análisis de las legitimidades se llegase a la conclusión de la no juridicidad de tal sistema normativo, tal hipotético investigador estaría incurriendo en un estrepitoso error de apreciación: planteamientos éticos al margen, el Derecho de la «Zona nacional» no sólo fue el Derecho de una parte de España durante la contienda, sino que sería el Derecho vigente en la totalidad del territorio Nacional tras concluir la Guerra Civil. Así pues, a él nos referiremos con carácter exclusivo. Ciertamente hubo un Derecho emanado legítimamente de los órganos competentes de la II República pero, concluida la Guerra, tal Derecho, nos guste o no nos guste, como regla general dejó de serlo.

Naturalmente la expresión Derecho es lo suficientemente imprecisa, y amplia, como para que se haga necesaria también en este punto alguna acotación. Disposiciones legislativas, actuaciones administrativas, decisiones judiciales, actuación negocial de particulares, etc., constituirán el entramado que configurará la estructura jurídica de la sociedad en el período y territorio de referencia; no me referiré a todo ello, sino únicamente a una parcela. En concreto ha sido la fuente de este trabajo la que ha acotado el campo de investigación. Me referiré, únicamente, a las disposiciones legislativas y administrativas recogidas en la publicación oficial que pretendía incluir las normas jurídicas promulgadas por el incipiente Estado, en concreto: «Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España»¹ y su continuador, el «Boletín Oficial del Estado»².

Una precisión a propósito del arco temporal elegido. Es teni-

¹ Su primer número aparece, fechado en Burgos, el 25 de julio de 1936. La primera disposición que incluye es un Decreto de 24 de julio por el que se constituye la Junta de Defensa Nacional que «asume todos los Poderes del Estado y representa legítimamente al País ante las Potencias extranjeras», bajo la presidencia del General Miguel Cabanellas Ferrer

² Su primer número aparece, fechado en Burgos, el 2 de octubre de 1936. La primera disposición que incluye es una Ley de 1 de octubre por la que se crea una Junta Técnica del Estado, que sería el embrión de la organización del nuevo Estado; su presidente es el General Francisco Franco

do por lugar común el considerar que la Guerra Civil abarca el período que va desde el 18 de julio de 1936 al primero de abril de 1939. En la historia no hay cambios radicales; ni siquiera cuando un país está en guerra; las fechas son puros hitos simbólicos, pero cuya incidencia en el sistema normativo no es automática. En realidad el período que analizaremos es el que nos viene marcado por las publicaciones oficiales a las que me he referido en el párrafo anterior: a nuestros efectos todo empieza el 25 de julio de 1936³ y todo acaba el 3 de abril de 1939⁴.

Una última referencia introductoria: el concepto de Derecho eclesiástico ha sido lo suficientemente debatido como para que no pretenda ahora entrar en la fijación de su objeto. El criterio delimitador que he empleado en este punto se podrá deducir, sin graves dificultades, de la lectura de las páginas siguientes. Pero vayamos ya a lo que interesa.

II. RELACIONES CON LA SANTA SEDE

El intento de consolidación de un nuevo Estado, surgido en este caso de una rebelión militar, pasa inevitablemente por la asunción por parte de potencias extranjeras de la condición de legítimos representantes de una entidad territorial, España en el caso, de aquellas autoridades que reclaman la condición de tales. Si lo que nos encontramos es un conjunto de autoridades militares que, al menos parcialmente, tratan de justificar, en muchos casos «ex post», su rebelión militar como una actividad en defensa del catolicismo, se comprenderá que las relaciones con la Santa Sede deben ser consideradas como actividad prioritaria en el campo de la política exterior. La historia demostraría como la Santa Sede sería un importante pilar del franquismo, pero ello no fue algo que se produjera con gran rapidez. La cautela de la diplomacia vaticana tal vez explique que de la lectura de nuestra fuente básica se deduzcan únicamente los siguientes datos sobre la cuestión.

³ Vid. supra nota 2

⁴ El Boletín Oficial del Estado no recoge el fin de la Guerra a no ser en ese día, y ello con un detalle puramente formal en el encabezamiento de ese B O E aparece la expresión «Año de la Victoria»

Hubo de esperarse casi un año desde el inicio de las hostilidades para que se nombrase un «Agente oficioso cerca de la Santa Sede»⁵; sin embargo, tan pronto se crea una estructura organizativa del Estado que pasa por el restablecimiento de Ministerios, lo cual ocurre en enero de 1938, se crea un Servicio de Relaciones con la Santa Sede, comprendido en el Ministerio de Asuntos Exteriores⁶ y otro de Asuntos Eclesiásticos, dependiente del de Justicia⁷; en estructura organizativa prácticamente idéntica a la vigente en nuestros días, presumiblemente, con los problemas competenciales presentes en la actualidad.

Casi dos años hubieron de transcurrir para que el B.O.E. pudiera imprimir unas palabras sin duda anheladas como vía de legitimación ante el exterior y ante los católicos españoles: «Nombró Embajador Extraordinario y plenipotenciario cerca de su Santidad Pío XI a don José de Yanguas y Messia»⁸.

III. LA CONFESIONALIDAD DEL NUEVO ESTADO

Pero la existencia de un Embajador español del bando «nacional» ante la Santa Sede, no es sino la culminación, en aquel momento, de un proceso de progresiva confesionalización del sistema.

Ya desde los primeros momentos encontramos datos que apuntan en esa línea; los ejemplos son numerosos, pero bastará con dar alguno: la fórmula de juramento⁹; la consideración de los enemigos, teniendo por tales a la II República, como «enemigos de la religión... y de todos los conceptos en que la sociedad descansa»¹⁰; la consideración de la rebelión militar como «fecha

⁵ D 5 junio 37 (B O E 20 junio)

⁶ Vid art 5º, L. 30 enero 38 (B.O E. 31 enero). Vid D 16 febrero 38 (B O E. 18 febrero).

⁷ Vid art. 6º, *ibid.* Vid. D. 16 febrero 38 (B.O.E. 18 febrero) y D. 12 marzo 38 (B O.E 17 marzo).

⁸ D. 14 mayo 38 (B.O E. 16 mayo) Vid D 5 junio 38 (B.O E. 7 junio) mediante el que se nombra Secretario de Embajada

⁹ Vid. O. 13 septiembre 36 (B O J D.N.E. 16 septiembre)

¹⁰ O 23 diciembre 36 (B O.E. 24 diciembre).

en que España se alzó unánimemente en defensa de su fe»¹¹; o la obligación de retirar de las bibliotecas los libros que suponen el «menosprecio de la Religión Católica»¹². Por ello no puede resultar sorprendente que cuando se crea en octubre de 1937 la Gran Orden Imperial de las Flechas Rojas como «supremo galardón del nuevo Estado», en el preámbulo del Decreto instaurador aparezca la calificación de los enemigos como «ateos»; se aluda a la «derrota de las fuerzas demoníacas del comunismo», o a la «Unidad en la Fe» y al «rumbo Imperial y Católico» de España¹³.

Pero probablemente, y el dato me parece curioso, en la primera norma en que el Estado aparece calificado como católico sea en la Orden en que se crea el llamado «Día del Plato Unico», en «la seguridad de interpretar el sentir de los buenos católicos españoles», curiosa institución ideada para recaudación de fondos con fines benéficos, que en esta disposición de octubre de 1936 se justifica en base a «las múltiples atenciones benéficas a que un Estado moderno y católico debe hacer frente»¹⁴.

La lista de ejemplos en los que se alude al espíritu católico, a la Cruzada, a la auténtica fe, etc., sería interminable. Referencias de tal naturaleza encontramos en normas que crean instituciones benéficas para los combatientes¹⁵, o para los huérfanos¹⁶; en los Estatutos de un Sindicato Universitario¹⁷; en la creación del Escudo de España¹⁸; en el Fuero del Trabajo, carta básica de derechos del trabajador¹⁹; en la concesión de honores para la Comunión Tradicionalista²⁰; en la reorganización de los fondos para la beneficencia²¹; en la concesión de un premio literario²²; en

¹¹ D 15 agosto 37 (B.O E 18 julio)

¹² Art 5.º, D. 16 septiembre 37 (B.O E. 17 septiembre).

¹³ D 1 octubre 37 (B O E 4 octubre)

¹⁴ O 30 octubre 36 (B O.E 3 noviembre).

¹⁵ O. 4 diciembre 36 (B O E. 6 diciembre) y O. 25 octubre 38 (B O E 27 octubre).

¹⁶ O 30 diciembre 36 (B O E. 2 enero 37)

¹⁷ Aprobados por D 21 noviembre 37 (B O E 23 noviembre).

¹⁸ D 2 febrero 38 (B O E 3 febrero)

¹⁹ D 9 marzo 38 (B O E 10 marzo) Su texto refundido, junto al de las restantes Leyes Fundamentales, fue aprobado por D 20 abril 1967

²⁰ D 9 marzo 38 (B O E 12 marzo)

²¹ D 19 marzo 38 (B O E 23 marzo)

²² O 25 abril 38 (B O E 29 abril)

la fijación de las funciones del Instituto de España ²³; en la norma limitadora de la celebración de banquetes públicos ²⁴; al establecer las celebraciones con ocasión del Alzamiento ²⁵; al conceder franquicia postal a determinados envíos ²⁶, etc. Por ello, tampoco sorprende que los miembros de la Asamblea de la Cruz Roja vengan obligados a reunirse «todos los años dos veces en el templo que se designe para asistir al Santo Sacrificio de la Misa» ²⁷; y sí extraña que en la Ley de 9 de febrero de 1939 ²⁸, por la que se establecen sanciones por responsabilidades políticas, no haya ni una sola referencia a cuestiones religiosas ²⁹.

Naturalmente, en un sistema político que simultáneamente se iba haciendo confesional y dictatorial en torno a la persona de Franco, parece plenamente explicable que se indique que este «[asumió] por Gracia de Dios... los máximos poderes» ³⁰, o que cumple su función por «designio Divino» ³¹.

En la misma línea encontramos numerosas disposiciones estableciendo como festivas determinadas celebraciones religiosas. Así, se declara la festividad de la Inmaculada Concepción ³², el Jueves y Viernes Santo ³³; se declara a Santiago como Patrón de España ³⁴; o se convocan a las Academias el 8 de diciembre

²³ D 19 mayo 38 (B O E 20 mayo).

²⁴ O 30 mayo 38 (B.O.E 31 mayo).

²⁵ O 15 julio 38 (B O.E 16 julio)

²⁶ O. 19 diciembre 38 (B O E 20 diciembre)

²⁷ Art. 35 de los Estatutos de la Cruz Roja Española, aprobados mediante O 10 diciembre 1936 (B O E 13 diciembre)

²⁸ B O E 13 febrero

²⁹ Menos sorprendente resulta que en los Estatutos de «Falange Española Tradicionalista y de la J O N S», aprobados mediante D 4 agosto 37 (B O E 7 agosto), la única referencia que encontramos a cuestiones religiosas sea en la fórmula de juramento de los miembros del Consejo, establecida en su art 43, en la que se prescribe que este se hará «ante Cristo y los Santos Evangelios» Y digo que es menos sorprendente porque, como es sabido, la Falange española sería la más anticlerical de las fuerzas políticas que se unieron en el golpe militar. Prácticamente lo mismo podría decirse de los Estatutos del S E U citados en la nota 17.

³⁰ O. 28 septiembre 37 (B.O E 28 septiembre)

³¹ Disposición 18 julio 38 (B O E 18 julio)

³² D 6 diciembre 36 (B.O E 9 diciembre), D. 6 diciembre 37 (B O E 7 diciembre).

³³ D. 22 marzo 37 (B O.E 23 marzo)

³⁴ D. 21 julio 37 (B O E 22 julio)

«en homenaje a la... concepción de María»³⁵; o se declara festivos a efectos docentes el día de Santo Tomás³⁶; o se declara festivo el día de San José³⁷. Ya vimos como el Jueves y Viernes Santo se declaran festivos, también se declaran no hábiles a efectos judiciales³⁸, y junto con el resto de la Semana Santa son vacaciones en las Escuelas primarias³⁹. Concluiré este elenco con la simple referencia a la declaración de Corpus Christi como festivo⁴⁰, y a la proclamación de Patronos para los ejércitos⁴¹.

No se puede olvidar que el período analizado es coincidente con una guerra civil, y que el inicio de la misma es consecuencia de un levantamiento militar; por tanto, una de las parcelas más importantes del nuevo Derecho en formación es la relativa al Ejército y a la Armada. Más adelante dedicaremos un apartado específico a la cuestión, pero en el presente, en el que tratamos de analizar la progresiva confesionalización del sistema, no estará de más una referencia a un aspecto formal pero de gran importancia en el ámbito militar: los honores militares. En efecto, una Orden de 12 de noviembre de 1937⁴² regula la prestación de honores que deben ser tributados por las tropas, más tarde ampliada a la Armada⁴³; pues bien, nos encontramos que los más altos honores —«Arma Rendida y el Himno Nacional»— sólo serán tributados al Santísimo Sacramento, con que los Cardenales recibirán honores similares a un reducido grupo de Generales, los Arzobispos similares a los Generales de división y los Obispos a los Generales de brigada⁴⁴.

Ya aludimos con anterioridad a la peculiar institución del «Día del Plato Unico»; se mencionó ya cómo, con ocasión de la regulación de tal institución se había producido la primera defini-

³⁵ D 8 diciembre 37 (B.O.E. 8 diciembre)

³⁶ O 5 febrero 38 (B.O.E. 6 febrero) Las actividades conmemorativas de dicha festividad vienen reguladas por O 25 febrero 38 (B.O.E. 1 marzo)

³⁷ O 18 marzo 38 (B.O.E. 19 marzo).

³⁸ D 5 abril 38 (B.O.E. 8 abril)

³⁹ O 7 abril 38 (B.O.E. 9 abril).

⁴⁰ O 14 junio 38 (B.O.E. 15 junio)

⁴¹ O. 12 julio 38 (B.O.E. 13 julio) y O 14 noviembre (B.O.E. 16 noviembre)

⁴² B.O.E. 14 noviembre.

⁴³ O. 16 diciembre 37 (B.O.E. 18 diciembre)

⁴⁴ Por lo que se refiere a la Armada entiéndase modificado lo anterior de conformidad a su peculiar modo de denominar los empleos militares.

ción normativa del Estado como católico, pues bien, entre la muy numerosa normativa reguladora de diversos aspectos de tal «Día», encontramos una Orden de 21 de septiembre de 1937⁴⁵, en la que se establece que cuando coincida «el “Día de Plato Único” con el precepto religioso de la vigilia de Temporas...» [los establecimientos afectados deberán] tener confeccionados... tres platos a elegir de carne, verdura y pescado... amparando así el derecho del público que prefiera en dichos días comer de vigilia, conforme a sus ideas religiosas». Me gustaría indicar en este punto que, aun a pesar de lo arcaico de la institución analizada, esta es una de las disposiciones en materia de Derecho eclesiástico más acordes con la idea, entonces inimaginable, de la libertad religiosa: no se obliga a todo el mundo a cumplir con un precepto religioso —y eso no era insólito en la sazón—, pero se facilitan las vías para que puedan cumplirlo aquéllos que lo desean.

Pero un proceso de confesionalización como aquel que venimos analizando no puede detenerse en simples declaraciones retóricas de corto alcance práctico: el que el comunismo sea calificado como demoníaco, o el que se considere que la presencia de una determinada persona al frente del Estado responde a un designio divino, son afirmaciones que permiten detectar un cierto ambiente⁴⁶, pero distan mucho de constituir elementos jurídicamente eficaces. Me parece que, desde el punto de vista jurídico, puede entenderse que existe una auténtica confesionalidad cuando se producen algunas de estas circunstancias: se concede eficacia jurídica a actuaciones propias de un ordenamiento de una religión, se protege de un modo específico a tal religión, o se sitúa en posición de privilegio a determinadas actividades con respecto a otras análogas, por el simple hecho de tener alguna vincula-

⁴⁵ B O E. 24 septiembre

⁴⁶ Puede citarse también como manifestaciones de ese ambiente el que cuando se decide que los «nombres exóticos [o] extravagantes» deben ser sustituidos por otros, se establece que, en caso de que los padres o representantes legales no lo hicieran, «el encargado del [Registro] procederá a imponer a los inscritos que se encontrasen en esa situación el nombre del Santo del día en que nacieron, y si este no consta, el del día en que fueron inscritos». O. 9 febrero 39 (B O.E 22 febrero) O la convocatoria oficial, pocos días antes de acabar la Guerra, de un «Concurso para premiar el mejor Auto Sacramental, correspondiente al año actual» O. 11 marzo 39 (B O E. 14 marzo)

ción religiosa. Y bien, sin perjuicio de que en apartados posteriores analicemos ejemplos más específicos, en esta fase introductoria podemos indicar ya que todo ello se da, en referencia al catolicismo, en nuestro caso. Baste un ejemplo de cada una de estas circunstancias: 1.º, se concede eficacia jurídica a documentos eclesiásticos como las partidas de bautismo y matrimonio ⁴⁷, o a los estudios eclesiásticos ⁴⁸; 2.º, una especial represión, no sólo penal, de la blasfemia ⁴⁹; 3.º, unas normas de censura más benévolas para los libros litúrgicos que para los de otra naturaleza ⁵⁰.

IV. PRESENCIA DE LA JERARQUÍA ECLESIASTICA EN ORGANISMOS ESTATALES

Sin duda uno de los más llamativos y expresivos modos de materializar la confesionalización de un sistema político es cuando en sus órganos estructurales aparecen miembros de la jerarquía eclesiástica en razón de su personal status. Como es bien sabido en el régimen político del General Franco tal tipo de presencias eran abundantes, sin llegar, ni con mucho, a esos extremos, ya durante la Guerra se encuentran algunos ejemplos que apuntan en esa dirección. Veamos algunos casos.

Una situación bélica como la sufrida por España durante un trienio provoca, necesariamente, numerosas situaciones de desamparo económico de un sector de la población que, a falta de

⁴⁷ Vid. art 26 del Reglamento para la aplicación del «Servicio Social» de la mujer española aprobado mediante D. 28 noviembre 37 (B.O.E 30 noviembre) Por lo demás, a propósito de este Reglamento cabrían los mismos comentarios que se hicieron en la nota 29

⁴⁸ Así, por ejemplo, en una convocatoria de un curso de formación de Alféreces provisionales, en el que se exige «estar en posesión del título académico u oficial, entendiéndose por tales el de .Bachiller Eclesiástico» Base 4.ª-a, Instrucción 28 febrero 39 (B O.E 1 marzo).

⁴⁹ Tal es la pretensión de la O Circular 11 julio 38 (B O.E 11 julio) en la que, por otra parte, se califica al lenguaje como «don divino del hombre».

⁵⁰ Vid O. 22 junio 38 (B.O.E. 24 junio). Tal vez sea este el lugar de señalar que no se encuentra ninguna referencia expresa a cuestiones relativas a lo religioso en la Ley reguladora de la prensa periódica y su censura L 22 abril 38 (B.O.E. 24 abril; hay una publicación de la misma en el B.O.E de 23 abril que contiene errores, la versión correcta en la publicada el 24).

otros sistemas más adecuados al respeto de la dignidad humana, tratan de ser paliadas por vía de la simple beneficiencia. Habían transcurrido pocos meses desde el inicio de la contienda cuando se trata de poner en marcha un nuevo sistema de beneficiencia con la creación de unas nuevas Juntas provinciales de Beneficiencia, de las que forman parte, entre otros, el «Ilmo. Sr. Obispo de la diócesis o persona en quien delegue»⁵¹. En la misma línea una Orden de 30 de diciembre de 1936⁵² trata de solventar el problema de los niños huérfanos o abandonados, que según la referida Orden eran numerosos «en las regiones que han sufrido los horrores de las hordas salvajes del marxismo, de los sin Dios y sin Patria», para ello señala que «es preciso acudir una vez más a la inagotable caridad cristiana del pueblo español que con fervorosa asistencia patriótica se incorporó al Glorioso Movimiento Nacional», y el modo ideado es que «se albergue en familia que por sus costumbres, por su religión y moralidad puedan ser para los niños escuela y asilo ejemplar, al mismo tiempo que satisfacción de su necesidad material y cuidado de educación cristiana y de Santo amor a la Patria»; por ello se crean unas Juntas locales que deberán realizar el elenco de tales familias, de esa Junta formará parte el «Párraco más antiguo de la localidad». También asume el Cura párroco la obligación de informar «el padrón de socorridos o familias con derechos a auxilio», según estableció una Orden el mismo año⁵³.

La permanencia de miembros de la Jerarquía eclesiástica en los órganos rectores de la beneficiencia se reafirma cuando se pretende su reorganización mediante un Decreto de 5 de abril de 1938⁵⁴, ya que de las Juntas Provinciales de beneficiencia seguirán formando parte «Un Representante del Prelado de la Diócesis»⁵⁵. Y lo mismo que ocurre a nivel local y provincial, lo encontramos a nivel nacional, ya que al constituirse el Consejo Superior de Beneficiencia y Obras Sociales formarán parte de él dos miembros de la Jerarquía eclesiástica⁵⁶.

⁵¹ Art 2º, O 22 octubre 36 (B O E 26 octubre)

⁵² B O E 2 enero 37

⁵³ Vid art 12, O. 29 diciembre 36 (B O E 3 enero 37)

⁵⁴ B O E. 8 abril

⁵⁵ Art. 1.

⁵⁶ Vid O 8 julio 38 (B O E 9 julio)

Junto con esa presencia en instituciones benéficas, también se produce en el campo cultural y así encontramos que un representante del Obispo formará parte de las Juntas provinciales de Cultura histórica y del Tesoro Artístico⁵⁷, o del Patronato de un Museo⁵⁸; por ello no puede sorprender que al establecer la celebración de la Fiesta del Libro se preceptue que «los Patronatos provinciales para el fomento de Bibliotecas, Archivos y Museos Arqueológicos, de acuerdo con la Jerarquía eclesiástica, organizarán... un solemne acto religioso en sufragio de los escritores muertos en defensa del Movimiento Nacional»⁵⁹. También podría calificarse, no sin cierto sarcasmo, como actividad cultural la presencia de un representante designado por la Autoridad eclesiástica en la Comisión depuradora que se creará en cada Distrito Universitario para retirar, e incluso destruir, determinados libros de las bibliotecas; tal vez su presencia se explique porque entre esos libros se incluyen aquéllos que suponen «menosprecio de la Religión Católica»⁶⁰.

En otro orden de cosas encontramos a un representante del Cardenal Primado en el Patronato Central para la redención de las penas por el trabajo⁶¹, o al propio Primado como Canciller Presidente del Consejo de la Orden de Isabel la Católica⁶². Así como al Obispo de Madrid-Alcalá en la Comisión de Estilo en las Conmemoraciones de la Patria, que deberá dictar unas normas a las que tendrán que atenerse cualquier edificación, lápida, etc., que pretenda conmemorar acontecimientos⁶³.

Para concluir con este punto cabría referirse a que mediante Orden de 16 de marzo de 1938⁶⁴, y aunque fuera con carácter estrictamente honorífico, se establece que el Cardenal Segura figurará con el número uno en el Escalafón del Magisterio Nacional.

⁵⁷ Vid art 2, O 23 diciembre 36 (B O E 24 diciembre)

⁵⁸ Vid art 2 O. 17 febrero 39 (B O E 28 febrero)

⁵⁹ Vid O 6 marzo 39 (B O E 13 marzo)

⁶⁰ Art 5, O 16 septiembre 37 (B O.E 17 septiembre) Para la presencia del representante eclesiástico vid art. 2

⁶¹ Vid O 4 noviembre 38 (B.O E 9 noviembre)

⁶² Vid art 7, O 29 septiembre 38 (B O E 1 octubre) Cuya Gran Cruz fue concedida a Monseñor Hildebrando Antoniutti D 18 julio 36 (B O E 18 julio).

⁶³ Vid art 2, O 18 febrero 38 (B O E 22 febrero)

⁶⁴ B.O E 19 marzo.

V. ASISTENCIA RELIGIOSA MILITAR

Ya se señaló anteriormente un dato, que por lo demás es obvio, pero que no está de más recordar nuevamente: el período que está siendo analizado se caracteriza por una peculiarísima circunstancia: se trata de un período bélico. De ello se deriva que una gran parte de la legislación analizada tiene por finalidad la regulación de las circunstancias propias de una guerra y, más específicamente, se trata de una legislación militar. Si lo que venimos analizando es la legislación eclesiástica de la época, se comprenderá que el mayor número de inserciones en las publicaciones oficiales analizadas, atañentes a tal rama del Derecho, sean precisamente las relativas a la asistencia religiosa —naturalmente católica— a los Ejércitos y a la Armada; éste es el campo más específicamente propio del Derecho eclesiástico militar, y a él nos referiremos a continuación, comenzando por las disposiciones normativas generales, para aludir a continuación a las más particulares (nombramientos, destinos, etc.).

En el primer año de la conflagración encontramos ya un intento de regulación provisional, que reproducimos literal e íntegramente dada su brevedad: «Los Generales Jefes de las Divisiones Orgánicas incluirán en el cuadro eventual de la suya respectiva a los Capellanes castrenses, en situación de disponibles forzosos, que existan en la jurisdicción de su mando, para atender con ellos, y los soldados prebísteros, al servicio religioso en los Hospitales y columnas de operaciones»⁶⁵. Es decir, son los Generales los que organizarán la asistencia religiosa católica, contando como elemento personal para desarrollar tal tarea, con los Capellanes castrenses que habían quedado sin destino cuando la II República decidió suprimir tal tipo de asistencia y también con los soldados que tuvieran la condición de clérigos.

Pronto se trató de crear una mínima estructura organizativa que canalizase esas prestaciones personales, y para ello se da el mandato a los Generales de las Divisiones de «reorganizar provisionalmente... la desaparecida Tenencia Vicaria, poniendo al frente de la misma un Teniente Vicario de 2.ª o Capellán Mayor»⁶⁶.

⁶⁵ O. 6 diciembre 36 (B.O E 7 diciembre)

⁶⁶ O. 31 diciembre 36 (B.O E. 2 enero 37)

Así, nos encontramos con que en una primera fase la asistencia religiosa es organizada por las autoridades militares y completamente al margen de la Jerarquía eclesiástica. Son los Generales quienes destinan y nombran a los clérigos encargados de prestar dicho servicio, pero antes de que transcurriera un año desde el levantamiento militar las cosas comenzaron a cambiar.

Un Decreto de 6 de mayo de 1937⁶⁷ trata de «organizar interinamente la asistencia espiritual católica de las distintas Unidades de guerra», lo cual es posible por «la designación por la Santa Sede de un Delegado Pontificio para proveer los servicios religiosos castrenses»⁶⁸. La estructura es sencilla, y puede ser expuesta muy sucintamente: la autoridad máxima será el Delegado Pontificio, delegación que recae en el Arzobispo de Toledo⁶⁹; que designará un Pro-Vicario y una serie de Inspectores de los que dependerá el personal eclesiástico castrense⁷⁰, que estará integrado por «el personal que... pertenezca a los cuerpos eclesiásticos castrenses, declarados a extinguir, y se encuentre en situación de retirados, excedentes o disponibles; por los sacerdotes movilizados y los ordenados "*in sacris*" procedentes de reemplazos en filas y por los pertenecientes al Clero secular o regular que voluntariamente se ofrezcan»⁷¹, que serán destinados por la Secretaría de Guerra, previa declaración de aptitud por el Delegado Pontificio⁷², a quien corresponderá también el facilitar más medios personales cuando así lo solicite la autoridad militar⁷³. Aquellos que pertenecieran al Cuerpo castrense conservarán su empleo, y los restantes tendrán la consideración de alféreces»⁷⁴.

Respecto a las funciones de este entramado organizativo no sólo será la de asistencia espiritual, sino que también «tendrá a

⁶⁷ B O E. 12 mayo

⁶⁸ Preámbulo Es curioso señalar que se aprovecha este Preámbulo para poner de relieve la intención de llegar a celebrar un Concordato, ya que en él se justifica la interinidad del sistema «en tanto se llegue a un concordato»

⁶⁹ Vid art. 4

⁷⁰ *Ibid*

⁷¹ Art 1

⁷² Art 2.

⁷³ *Ibid*

⁷⁴ Art. 5

su cargo la enseñanza elemental para combatir el analfabetismo, así como la labor de información a los familiares de los combatientes que se encuentren enfermos, heridos o hayan fallecido»⁷⁵.

La declaración de aptitud a la que se hizo referencia anteriormente, para que los clérigos pasasen a cumplir funciones de asistencia religiosa, se hizo con carácter genérico a «todos los Capellanes Castrenses del Ejército y de la Armada en todos sus empleos y situaciones y a los soldados presbíteros llamados a filas», como se comunica en una Orden de 4 de junio de 1937⁷⁶. Sin embargo, tal Orden me parece que es especialmente importante porque concreta el alcance de la previsión del artículo 1 del Decreto en el sentido de que los clérigos que sean militares voluntarios no «alteren... su condición de aforados», lo cual se transforma, en la citada Orden, en que «podrán ser reclamados por sus superiores jerárquicos [eclesiásticos] cuando sus servicios castrenses no fueren necesarios».

Pero si en los primeros tiempos la asistencia religiosa se organizó al margen de la jerarquía eclesiástica, y el Decreto de 1937 pretendió coordinar las competencias sobre la cuestión de las jerarquías eclesiástica y militar, parece que las cosas no fueron tan sencillas en la práctica. Sin duda debió haber problemas y tensiones, cuando una Orden de 24 de junio de 1937⁷⁷ se ve en la necesidad de recordar que «los Inspectores de la asistencia espiritual católica en el Ejército, se abstendrán de designar el personal que ha de desempeñar los diversos destinos de capellanes, limitándose a proponer a esta Secretaría [de Guerra], por conducto de los respectivos Generales de los Cuerpos de Ejército, quienes han de cubrir aquéllos», y también que «los Capellanes... no han de olvidar que están subordinados... al jefe de la Columna».

Con las fuentes manejadas es difícil pasar de las simples intuiciones a este propósito, pero tal vez no resulte demasiado aventurado el afirmar que existieron a lo largo de la contienda algunos recelos entre la autoridad militar y la eclesiástica. Por el momento daré un solo dato: en el período transcurrido desde diciem-

⁷⁵ Art 3

⁷⁶ B O E 5 junio La referida Orden invoca al inexistente art 9 del Decreto mencionado, cuando en realidad se refiere al art 2

⁷⁷ B O.E 25 junio.

bre de 1936 —que como ya se ha visto es cuando comenzó a interesar la cuestión de la asistencia religiosa al Ejército— y la promulgación del repetido Decreto de 1937, más de 250 sacerdotes fueron integrados en el Ejército como «asimilados a Alférez», a propuesta de los Generales y por nombramiento de la Secretaría de Guerra, sin ninguna intervención de la autoridad eclesiástica⁷⁸. Así se venía constituyendo un especial aparato de poder religioso —si se me permite la muy inexacta metáfora, hablando en términos canónicos: una Iglesia particular, personal y nacional— al margen de cualquier control por parte de la autoridad eclesiástica.

Aunque para ser justos hay que reconocer que tan pronto la autoridad eclesiástica tuvo la oportunidad de crear su propio esquema organizativo —su estructura de poder— en el seno del Ejército —el Decreto de 1937— así lo hizo, y no había transcurrido un mes desde la promulgación del Decreto en cuestión cuando el Arzobispo nombró a un Pro-Vicario, 2 Secretarios y 7 inspectores⁷⁹, nombramientos a los que les seguirían otros varios⁸⁰.

Probablemente en este momento comiencen a engendrarse ciertas disfuncionalidades, que persisten en la actualidad⁸¹, en el sistema de asistencia religiosa católica a las Fuerzas Armadas, en que, con frecuencia, parece importar más el aspecto puramente militar, disciplinar, de grados, etc., que la función última que, en su caso, podría justificar la pervivencia de tal asistencia.

Pero, al margen de posibles problemas funcionales, conflictos

⁷⁸ Vid O 8 febrero 37 (B O E 11 febrero), O 16 febrero 37 (B O E 19 febrero); O 17 febrero 37 (B O E. 21 febrero); O. 25 febrero 37 (B O E 27 febrero), O 6 marzo 37 (B O E 8 marzo), O 9 abril 37 (B O E 11 abril, por error en la página correspondiente el B O E. aparece fechado en marzo), O 13 abril 37 (B O E 15 abril), O 14 abril 37 (B O E. 16 abril), O 16 abril 37 (B O E 19 abril), O 28 abril 37 (B O E. 30 abril), O 29 abril 37 (B O E 1 mayo) [dos Ordenes en esa fecha y B.O E.]; O 3 mayo 37 (B O E. 5 mayo) [cuatro Ordenes en esa fecha y B O.E.]

⁷⁹ Vid O 5 junio 37 (B.O E 9 junio)

⁸⁰ Vid. O 16 julio 37 (B.O E 20 julio), O 27 julio 37 (B O E 29 julio); O 28 julio 37 (B.O E 31 julio), O 12 agosto 37 (B O E 18 agosto), O 22 agosto 37 (B.O E 1 septiembre), O 1 septiembre 37 (B O E 5 septiembre), O 21 abril 38 (B O E. 23 abril), O 4 febrero 39 (B O E 7 febrero)

⁸¹ Me he referido a la cuestión indirectamente en mi *Asistencia religiosa y Fuerzas Armadas*, en L. PRIETO y C BRUQUETAS (eds), *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, Madrid, 1985, págs 513-554

competenciales e incluso enfrentamientos, que de la lectura de los textos normativos sólo se pueden intuir, y cuya descripción precisa es tarea que corresponde, en mayor medida que a mí, simple jurista al fin y a la postre, a los historiadores y sociólogos, sería engañoso llegar a la conclusión de que no se produjo una clara confesionalización de nuestro Ejército. La presencia de clérigos en sus filas, con funciones asistenciales, sí, pero que sin duda realizaron una labor de proselitismo —o de apostolado, que poco importan las palabras— desde una posición de privilegio, como es la de utilizar un uniforme militar y desempeñar unos empleos militares que les situaban en un rango jerárquico superior —y en tiempo de guerra, no se olvide— a la tropa, es algo tan evidente que basta con dar dos datos numéricos. En el año de 1937 el número de destinos militares a clérigos para desempeñar funciones propias de su ministerio excedió con largueza el millar⁸², y más de 800 fueron los destinados en 1938⁸³. Sin duda, podrían reba-

⁸² Vid., entre otras, O. 19 enero 37 (B.O.E. 21 enero), O. 18 febrero 37 (B.O.E. 21 febrero); O. 12 marzo 37 (B.O.E. 14 marzo); O. 2 junio 37 (B.O.E. 4 junio); O. 10 junio 37 (B.O.E. 12 junio); O. 22 junio 37 (B.O.E. 24 junio); O. 24 junio 37 (B.O.E. 25 junio); O. 14 julio 37 (B.O.E. 18 julio) [Dos Ordenes en esa fecha y B.O.E.], O. 31 julio 37 (B.O.E. 4 agosto), O. 2 agosto 37 (B.O.E. 5 agosto); O. 4 agosto 37 (B.O.E. 9 agosto); O. 5 agosto 37 (B.O.E. 9 agosto); O. 12 agosto 37 (B.O.E. 18 agosto), O. 26 agosto 37 (B.O.E. 30 agosto); O. 28 agosto 37 (B.O.E. 31 agosto) [Dos Ordenes en esa fecha y B.O.E.]; O. 3 septiembre 37 (B.O.E. 7 septiembre), O. 8 septiembre 37 (B.O.E. 12 septiembre), O. 9 septiembre 37 (B.O.E. 13 septiembre), O. 15 septiembre 37 (B.O.E. 19 septiembre [Dos Ordenes en esa fecha y B.O.E.]); O. 16 septiembre 37 (B.O.E. 20 septiembre); O. 22 septiembre 37 (B.O.E. 27 septiembre); O. 6 octubre 37 (B.O.E. 16 octubre); O. 6 octubre 37 (B.O.E. 17 octubre), O. 9 octubre 37 (B.O.E. 19 octubre); O. 18 octubre 37 (B.O.E. 26 octubre), O. 20 octubre 37 (B.O.E. 26 octubre), O. 27 octubre 37 (B.O.E. 31 octubre) O. 4 noviembre 37 (B.O.E. 9 noviembre), O. 16 noviembre 37 (B.O.E. 20 noviembre), O. 30 noviembre 37 (B.O.E. 2 diciembre), O. 4 diciembre 37 (B.O.E. 7 diciembre); O. 13 diciembre 37 (B.O.E. 17 diciembre), O. 15 diciembre 37 (B.O.E. 17 diciembre).

⁸³ Vid., entre otras, O. 11 enero 38 (B.O.E. 13 enero), O. 13 enero 38 (B.O.E. 15 enero); O. 26 enero 38 (B.O.E. 29 enero), O. 4 febrero 38 (B.O.E. 5 febrero), O. 5 febrero 38 (B.O.E. 7 febrero), O. 8 febrero 38 (B.O.E. 10 febrero), O. 15 febrero 38 (B.O.E. 17 febrero) [Dos Ordenes en esa fecha y B.O.E.], O. 2 marzo 38 (B.O.E. 3 marzo); O. 16 marzo 38 (B.O.E. 18 marzo); O. 2 abril 38 (B.O.E. 3 abril); O. 5 abril 38 (B.O.E. 7 abril), O. 26 abril 38 (B.O.E. 28 abril), O. 23 mayo 38 (B.O.E. 26 mayo), O. 14 junio 38 (B.O.E. 16 junio), O. 22 junio 38 (B.O.E. 28 junio), O. 9

jarse esas cifras con un detallado estudio de tales nombramientos, pues es probable que una misma persona haya tenido dos destinos diversos en esos dos años y, consecuentemente, se haya contabilizado dos veces; pero, sin duda también, habría que aumentarlas porque es más que probable que algunas Ordenes destinando a clérigos hayan escapado a mi atención, y, además, habría que aumentarlas porque el proceso no se detuvo y continuó hasta pocos días antes del fin de la Guerra ⁸⁴; por último, habría que añadir a los anteriores aquéllos que forman parte del Ejército y son ordenados con posterioridad, por lo que reciben un nuevo destino asistencial; la cifra es, sin embargo, muy exigua, pues ronda la decena de casos ⁸⁵.

Por el contrario son contadísimos los casos que he detectado de aquellos sacerdotes que de conformidad a lo establecido en la ya mencionada Orden de 4 de junio de 1937, causan baja en el ejército por ser reclamados por la autoridad eclesiástica o por disposición del Pro-Vicario; en concreto no rebasa la cifra del medio centenar ⁸⁶.

En este proceso de clericalización del Ejército de la «Zona nacional», no puede sorprender que «por resolución de S.E. el Generalísimo de los Ejércitos Nacionales, se nombre Capellán 3.º honorario...a...Fray Justo Pérez de Urbel» ⁸⁷; o que quien ocuparía una Cátedra Universitaria en la postguerra, Ramón Lamas Lou-

julio 38 (B O.E 11 julio), O 9 agosto 38 (B O E 11 agosto), O. 22 agosto 38 (B O.E 24 agosto), O. 31 agosto 38 (B.O.E 4 septiembre); O 10 septiembre 38 (B O E 13 septiembre), O 8 octubre 38 (B O E 11 octubre, O 28 octubre 38 (B O E. 31 octubre); O. 16 noviembre 38 (B O E. 18 noviembre)

⁸⁴ Vid O 5 enero 39 (B O E 8 enero), O 20 enero 39 (B.O E. 24 enero), O 21 febrero 39 (B O E 24 febrero); O. 25 febrero 39 (B O.E 27 febrero); O 28 febrero 39 (B.O E 1 marzo); O 17 marzo 39 (B.O E 21 marzo)

⁸⁵ Vid. O. 10 noviembre 37 (B O E 18 noviembre), O 11 diciembre 37 (B O.E 15 diciembre); O 18 diciembre 37 (B O.E. 20 diciembre).

⁸⁶ Vid O. 14 diciembre 37 (B O.E 16 diciembre), O 11 enero 38 (B.O E 18 enero); O 11 febrero 38 (B O E 14 febrero), O 16 marzo 38 (B.O E. 19 marzo); O 15 junio 38 (B O.E 18 junio), O. 17 junio 38 (B.O E. 19 junio); O 2 julio 38 (B O E. 6 julio), O. 9 julio 38 (B.O E. 11 julio), O. 11 agosto 38 (B.O.E. 13 agosto), O. 29 septiembre 38 (B O E 4 octubre); O 5 noviembre 38 (B.O.E. 7 noviembre), O. 16 noviembre 38 (B.O.E. 18 noviembre), O. 20 enero 39 (B O E 26 enero); O. 11 marzo 39 (B.O E. 15 de marzo)

⁸⁷ O 22 noviembre 37 (B.O.E 26 noviembre, por error la página correspondiente aparece fechada el día 2).

rido, iniciase su carrera como Capitán del Cuerpo Eclesiástico de la Armada ⁸⁸; o que se conceda la Medalla Militar a un Capellán ⁸⁹.

Mención separada, por tratarse de cuestión absolutamente distinta, requiere la regulación de la prestación de servicios de religiosos en los hospitales militares.

De una parte se establece que «los Hermanos Hospitalarios de San Juan de Dios, que actualmente prestan servicio en filas, ...[se-rán] destinados a las Clínicas psiquiátricas del Ramo de Guerra» ⁹⁰, lo cual es posteriormente ampliado a aquellos que se incorporen a filas ⁹¹; pasando a depender de las Clínicas y Hospitales Militares ⁹² las camas que la referida Orden destine, en sus hospitales, al Ejército.

Mientras que de otra parte se regula las prestaciones económicas que deben recibir las Hijas de la Caridad de San Vicente de Paúl que presten sus servicios en Hospitales Militares ⁹³, que posteriormente se amplía a todas las religiosas que desempeñen tales tareas ⁹⁴.

VI. ENSEÑANZA CATOLICA Y DEL CATOLICISMO

La Guerra había sido provocada por la voluntad de derrocar un determinado sistema político, para sustituirlo por otro que respondiese a otro tipo de valores. El primer paso que había que dar para esa sustitución era el lograr la victoria militar, pero ello no garantizaba el que se estableciese un nuevo modelo acorde con los principios sustentados por el mando rebelde; se pretendía —y los hechos posteriores demostraron que se logró— crear un sistema estable una vez concluida la Guerra. La religión, por mejor decir: el catolicismo, era uno de los pilares ideológicos del siste-

⁸⁸ Vid O 25 septiembre 37 (B.O.E. 6 octubre)

⁸⁹ Vid O. 21 mayo 38 (B.O.E. 24 mayo)

⁹⁰ O 11 noviembre 36 (B.O.E. 14 noviembre)

⁹¹ Vid O 8 junio 37 (B.O.E. 10 junio).

⁹² Vid O. 17 febrero 37 (B.O.E. 19 febrero)

⁹³ Vid. O. 9 diciembre 38 (B.O.E. 11 diciembre).

⁹⁴ Vid O. 4 febrero 39 (B.O.E. 7 febrero) Vid también O 28 febrero 39 (B.O.E. 2 marzo)

ma en formación. Para lograr que los valores inspiradores de la rebelión pervivieran una vez alcanzada la victoria había que actuar sobre la sociedad para conformarla a tales principios; el procedimiento más eficaz y duradero para lograr tal objetivo es el incidir en los procesos formativos de las más jóvenes generaciones, es decir, controlar y orientar la enseñanza en un determinado sentido. Por todo ello el volumen de disposiciones normativas que se refieren a la enseñanza en el período analizado es elevado; en muchas de ellas encontramos referencias al catolicismo y a valores que le son propios. Me referiré, en primer término, a aquel conjunto de disposiciones que tratan de delinear una «escuela católica», es decir, que tratan de imprimir en todos y cada uno de los aspectos de la actividad docente y discente los postulados propios del catolicismo; seguidamente aludiré a la materia más concreta de la enseñanza de la religión católica.

Habían transcurrido tres semanas desde el inicio de la Guerra cuando se comenzó a legislar en materia educativa con sendas normas relativas, respectivamente, a los Institutos Nacionales de segunda enseñanza ⁹⁵ y «a todos los Centros docentes; no primarios, dependientes del ramo de Instrucción Pública, excluidas Universidades y Escuelas de Veterinaria» ⁹⁶; limitándose esta segunda norma a considerar extendidas a esos centros las prescripciones de la primera para los Institutos de Bachillerato. Aún a pesar de su brevedad ya se encuentran algunas afirmaciones que permiten comprender cuál va a ser la orientación de las enseñanzas, así la prescripción de que «se dividirá la población escolar, suprimiendo, desde luego, la práctica de la coeducación» ⁹⁷; o, más explícitamente, cuando entre los límites que deben observar los libros que publiquen los profesores, se encuentra el de que «no haya cosa alguna que se oponga a la moral cristiana» ⁹⁸.

La enseñanza debía ser católica, para ello el mejor modo es lograr que los maestros lo sean, y como quiera que «las fuerzas secretas de la Revolución... [habían conseguido] arrancar del corazón de muchos Maestros todo sentimiento de piedad cristiana

⁹⁵ O 4 septiembre 36 (B O J D N E. 8 septiembre).

⁹⁶ O 4 septiembre 36 (B O J.D N E 8 septiembre).

⁹⁷ Art. 4.

⁹⁸ Art 6-A.

y...fue sembrado en sus conciencias... el laicismo»⁹⁹, tan pronto fue posible se organizaron unos Cursillos de Formación del Magisterio, que entre otras cosas debían ocuparse de la enseñanza de la Religión, siendo así que «la designación del Profesor encargado del Cursillo de Religión y su pedagogía la hará el Prelado respectivo»¹⁰⁰. Línea en la que se insiste un año más tarde cuando se convocan unos nuevos cursillos que, entre otras cosas, versarán sobre el «sentido religioso de la vida»¹⁰¹.

Pero no bastaba con garantizar una enseñanza que se adecuase con exactitud a los principios del catolicismo, sino que toda la enseñanza debería ser idéntica para evitar desviaciones, así que pronto se consideró necesario dotar «con carácter obligatorio, a todas las Escuelas de España de un mismo libro de lectura que...ha de ser un compendio... de todo cuanto de ella [España] deben conocer sus hijos: ...sus Santos...; La Unidad...religiosa; ...la Inquisición; la Contra-reforma... [y que] enseñará al niño...la Fe Cristiana»¹⁰².

Por ello, por esa búsqueda del monolitismo, se encargó al Instituto de España que redactase los libros que serán utilizados con carácter general en la primera enseñanza, porque así lo exigía «un movimiento de opinión, a la vez dolido de ciertos abusos y escarmentado por las consecuencias que en el orden...religioso...ha podido traer la licencia con harta frecuencia anteriormente practicada»¹⁰³.

No bastaba con impregnar a la enseñanza, toda, de los valores católicos, con adecuar los textos a esos postulados, sino que era necesario el recalcar el carácter católico de la Escuela en cada ocasión, por ello es perfectamente coherente que fuera obligatorio iniciar el curso académico de 1938-1939 con actos religiosos celebrados por los maestros¹⁰⁴.

En este ambiente no deja de resultar chocante que cuando se pretende que también en los centros privados tenga alguna eficacia la tarea de depuración del profesorado que había tenido lu-

⁹⁹ Preámbulo de la O. Circular 17 julio 37 (B.O.E. 21 julio)

¹⁰⁰ Base 4, *ibid.*

¹⁰¹ O. 17 mayo 38 (B.O.E. 18 mayo).

¹⁰² O. 21 septiembre 37 (B.O.E. 22 septiembre).

¹⁰³ O. 11 abril 38 (B.O.E. 15 abril).

¹⁰⁴ Vid. O. 30 agosto 38 (B.O.E. 7 septiembre).

gar en los centros públicos, impidiendo, o dificultando extraordinariamente, que los profesores depurados ejerzan su tarea en esos centros, no se haga ninguna referencia a cuestiones religiosas ¹⁰⁵.

Probablemente la norma más ambiciosa en materia educativa de todo el período estudiado sea la Ley de 20 de septiembre de 1938 ¹⁰⁶, que reforma el Bachillerato Universitario; aunque volveremos sobre ella al aludir a la enseñanza de la religión, tal vez convenga ahora reproducir alguna de sus afirmaciones.

En su preámbulo queda clara cuál es la orientación de la Ley y, por ende, cual sería la orientación del nuevo Bachillerato: «la formación clásica y humanista ha de ser acompañada por un contenido eminentemente católico y patriótico. El Catolicismo es la médula de la Historia de España. Por eso es imprescindible una sólida instrucción religiosa que comprenda desde el Catecismo, el Evangelio y la Moral, hasta la Liturgia, la Historia de la Iglesia y una adecuada Apologética...La revalorización de lo español, la definitiva extirpación del pesimismo anti-hispánico y extranjerizante, hijo de la Apostasía y de la odiosa y mendaz leyenda negra...Se trata así de poner de manifiesto la pureza moral de la nacionalidad española; la categoría superior, universalista, de nuestro espíritu imperial, de la Hispanidad, según concepto felicísimo de Ramiro de Maeztu, defensor y misionero de la verdadera civilización que es la Cristiandad.» Parece innecesaria cualquier glosa y resulta plenamente lógico que al enumerar los principios fundamentales informadores de la Ley, aparezca en primer lugar el «empleo de la técnica docente formativa de la personalidad sobre un firme fundamento religioso» ¹⁰⁷.

En desarrollo de la Ley, una Orden de 7 de diciembre de 1938 ¹⁰⁸ regula la creación de Centros Privados de enseñanza, allí se regulan los supuestos en que el Ministerio de Educación Nacional puede acordar el cierre de los centros, y, como no podía ser por menos, se incluye entre ellos el que en los mismos existan «prácticas o enseñanzas que muestren desafección a la Religión» ¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Vid O. 14 mayo 38 (B O E 19 mayo)

¹⁰⁶ B.O.E. 23 septiembre

¹⁰⁷ Art Preliminar.

¹⁰⁸ B O E 14 diciembre

¹⁰⁹ Art. 5-C.

También la aprobación de diversos tipos de Escuelas (de párvulos, ambulantes, rurales, marítimas, urbanas y maternas) es ocasión para que las autoridades educativas dejan correr su prosa con retóricas declaraciones de catolicismo; así, en la Orden de 15 de diciembre de 1938 ¹¹⁰, no sólo se cita a Pío XI, a San José de Calasanz o a San Ignacio de Loyola, sino que al justificar la existencia de Escuelas rurales se ve en la necesidad de señalar que es el «niño campesino, por su mayor contacto con la naturaleza, en la que el sentido de unidad se expresa maravillosamente, por ser obra de Dios», o considera que la Comisión encargada de redactar los programas de enseñanzas para las Escuelas «ha saturado de espíritu religioso...su labor», o que al niño se le deben fomentar «dos grandes amores...: el amor de Dios y el amor a la Patria».

Para concluir bastaría con referirnos a las normas que deben de cumplir los inspectores de Primera Enseñanza, en función creada en el último año de la Guerra, entre las que se incluye el que «los Inspectores, en sus visitas, cuidarán de exaltar el espíritu religioso» ¹¹¹, o que la Memoria mensual que elaborará deberán incluir los «actos...religiosos...celebrados por Inspectores Maestros y niños» ¹¹², todo ello para lograr «la creación de la Escuela profundamente católica y española... [que] ha de ser el resultado de una colaboración entre la familia, la Iglesia y el Estado» ¹¹³.

También la autoridad fue extraordinariamente diligente a la hora de regular la enseñanza de la religión católica, pues ya mediante Orden de 21 de septiembre de 1936 ¹¹⁴ se señaló que «la Escuela Nacional ha dejado de ser laica... [y] que las enseñanzas de la Religión e Historia Sagrada son obligatorias y forman parte de la labor escolar». Por lo que se refería a los Centros de segunda enseñanza también se aclaró con prontitud que «en tanto se resuelva de modo estable y definitivo la extensión y carácter

¹¹⁰ B O E 19 diciembre.

¹¹¹ Art 5, O. 20 enero 39 (B O E 27 enero)

¹¹² Art 10-15.

¹¹³ Circular 23 febrero 39 (B O E 1 marzo) que desarrolla la O citada en nota 111

¹¹⁴ B O J D N E. 24 septiembre

que han de tener las enseñanzas de Religión y Moral, suprimidos por Gobiernos revolucionarios, se dará una conferencia semanal sobre temas fundamentales de cultura religiosa a los alumnos... [de las que se ocuparán] los Profesores de Religión de los Instituto, que fueran declarados excedentes... [u] otro eclesiástico debidamente autorizado por el Prelado»¹¹⁵, lo cual fue ampliado más tarde para las Escuelas Normales¹¹⁶. Por lo que se refiere a la enseñanza Universitaria, clausuradas las Universidades para la enseñanza oficial, se establecía que en las mismas deberán dictarse algunas lecciones que, entre otras cosas, deberán versar acerca de «Teología y Ciencia eclesiástica en España»¹¹⁷.

Pero no sólo se pretendió organizar la enseñanza religiosa en los Centros docentes, sino que mediante Circular de 1 de marzo de 1937¹¹⁸ se encarecía a los Rectores que proveyeran con los medios necesarios para que los Párrocos enseñaran la Doctrina Cristiana en las Iglesias.

De la lectura de las disposiciones más arriba mencionadas no resulta nada claro el carácter de asignatura fundamental de la enseñanza de la religión; ello provocó alguna disposición posterior pretendidamente interpretadora de la Orden de 22 de septiembre de 1936, con la tendencia de convertir aquellas incógnitas «conferencias semanales» en una asignatura como cualquier otra. Así la Orden de 7 de octubre de 1937¹¹⁹ insiste en que en el Bachillerato «la Enseñanza de la religión será obligatoria»¹²⁰; aunque exceptúa de la misma a «los indígenas del Protectorado de Marruecos y Colonias africanas que profesen religión distinta de la católica»¹²¹; excepción que no se puede justificar en base a la libertad religiosa, pues la condición de la exención no es el profesar otra religión —o no profesar ninguna— sino, junto a ello, el pertenecer a los territorios coloniales. En esa misma Orden se regu-

¹¹⁵ O. 22 septiembre 36 (B O J.D.N E 28 septiembre)

¹¹⁶ Vid O. 10 noviembre 36 (B.O.E 14 noviembre)

¹¹⁷ Art. 3-f, O. 16 septiembre 37 (B O E 17 septiembre).

¹¹⁸ B O E. 3 marzo

¹¹⁹ B O E 8 octubre.

¹²⁰ Art 1

¹²¹ *Ibid*

lan las condiciones para ocupar interinamente las Cátedras de religión: ser eclesiástico y estar autorizado por el Prelado ¹²².

La poca claridad a la hora de determinar la naturaleza exacta de las enseñanzas de la Religión en los Institutos de Bachillerato exigieron dos Ordenes, de 26 de octubre de 1937 ¹²³ y de 18 de noviembre de 1937 ¹²⁴, para precisar que no era necesario pagar derecho de matrícula por tales enseñanzas. Esa misma indefinición llevó a que cuando se encargó, como ya vimos, al Instituto de España que redactase unos libros de texto unitarios se señalara que «el plan de dichos textos excluye por el momento lo concerniente a la iniciación religiosa... cuya inclusión en el plan de la primera enseñanza o cuya atribución de ejercicio está pendiente de estudio y será objeto de soluciones ulteriores» ¹²⁵.

Parece que las cosas comenzaron a ser más precisas cuando se estableció taxativamente que en los Institutos Nacionales de Segunda Enseñanza «la asignatura de Religión quede incorporada, como todas las demás, al régimen general de examen y calificaciones, debiendo, por tanto, su titular formar parte de las Juntas calificadoras del Curso» ¹²⁶; así que aunque no hubiera derechos de matrícula y aunque la obligatoriedad fuere únicamente de dictar unas conferencias, quedaba ahora claro que los estudiantes debían rendir examen y ser calificados.

Las cosas quedaron ya perfectamente nítidas con la Ley, ya citada, que reforma el Bachillerato, allí la Religión aparece como una de las siete disciplinas fundamentales unida a la Filosofía, y consistirá en el «estudio cíclico de los principios fundamentales de la Religión Católica: las primeras nociones del Catecismo, en recuerdo de las adquiridas en la Enseñanza Primaria: Moral: Evangelios: Liturgia: Historia de la Iglesia y Apologética» ¹²⁷; y en el cuadro anexo a la Ley encontramos la asignatura de religión en los siete cursos en que se desarrollará el Bachillerato, con dos horas semanales. Así que cuando se regula la creación de cen-

¹²² Vid art 3

¹²³ B O E. 28 octubre

¹²⁴ B O E. 21 noviembre.

¹²⁵ Art 2, O 11 abril 38 (B.O E 15 abril).

¹²⁶ Art. 1, O. 23 mayo 38 (B.O E 28 mayo).

¹²⁷ Art 1, Base IV, L. 20 septiembre 38 (B.O.E 23 septiembre)

tros privados para impartir el Bachillerato, se establece entre los datos que obligatoriamente debe aportar aquel que pretenda crear un centro de esa naturaleza, la necesidad de acompañar un cuadro de profesores, que incluya «un Sacerdote, debidamente autorizado por el Obispo de la Diócesis»¹²⁸, que será el encargado de la enseñanza de la Religión. Y cuando se regula el profesorado de los Institutos Nacionales de Enseñanza Media se establece que «la disciplina de Religión estará encomendada a profesores especiales, que serán nombrados con arreglo a un Estatuto particular que se formulará de acuerdo con la Jerarquía eclesiástica»¹²⁹.

Para concluir, señalar que entre las funciones que se encomiendan a los Inspectores de Primera enseñanza se menciona expresamente que «velarán y comprobarán si se cumple la Circular de 5 de marzo de 1938»¹³⁰, especialmente en lo que se refiere a:

¹²⁸ Art 2-c, O 7 diciembre 38 (B O E 14 diciembre).

¹²⁹ Art 3, D 25 febrero 39 (B O E 27 febrero)

¹³⁰ La citada Circular de 5 de marzo de 1938 (B O.E 8 marzo), establecía en la parte que aquí interesa: «La Junta de Defensa Nacional restableció la enseñanza religiosa en las escuelas nacionales, por su Orden n.º 186 Ansiosamente pedía esta reforma la España Nacional Imperiosamente lo exigía las necesidades educativas de la infancia española Este restablecimiento no quiere decir tan solo que el Maestro se limite a dedicar una o varias sesiones semanales a la enseñanza del Catolicismo e Historia Sagrada Esto es indispensable, pero de mucha mayor necesidad ha de ser lograr que el ambiente escolar esté en su totalidad influido y dirigido por la doctrina del Crucificado El restablecimiento del Crucifijo por las escuelas con tanta solemnidad celebrado en todos los pueblos de las regiones reconquistadas por nuestro glorioso Ejército, no significa tan sólo que a la Escuela laica del régimen soviético sustituya nominalmente el catolicismo de la Escuela nacional Es preciso que en las lecturas comentadas, en la enseñanza de las Ciencias, de la Historia, de la Geografía, se aproveche cualquier tema para deducir consecuencias morales y religiosas La enseñanza de la religión tiene que formar niños cristianos, con ideas claras, con normas concretas para el presente y para sus futuras actuaciones ciudadanas No ha de dirigirse tan sólo al sentimiento, sino también al carácter y a la voluntad Consecuencia de este ambiente religioso que ha de envolver la educación en la Escuela, ha de ser la asistencia obligatoria en corporación de todos los niños y maestros de las Escuelas nacionales en los días de precepto, a la misa parroquial, fijada a hora conveniente de acuerdo con la autoridad eclesiástica. El Santo Evangelio será leído con frecuencia, e ineludiblemente todo los sábados, explicando la dominica del día siguiente. La doctrina social de la Iglesia contenida en las encíclicas "Rerum Novarum" y "Quadragesimo Anno", ha de servir para inculcar en los niños la idea del amor y confraterni-

Educación Religiosa»¹³¹ y que deberán explicar «las normas contenidas en la Circular de 5 de marzo de 1938, especialmente en lo que se refiere a la educación religiosa»¹³².

VII. MATRIMONIO

Será éste el último apartado que destinaré de modo monográfico a una cuestión: el matrimonio; y lo haré de un modo muy breve, casi telegráfico, puesto que ya tuve ocasión hace algunos años de referirme a esa cuestión en un trabajo en el que pretendía analizar toda la legislación estatal en materia matrimonial en España en el arco temporal 1870-1978¹³³. Así que me limitaré a exponer el contenido de las normas sobre la cuestión por orden cronológico.

La primera disposición sobre la materia es un Decreto de 2 de marzo de 1938¹³⁴ mediante el que «se suspende la sustanciación de los pleitos de separación y de divorcio y las actuaciones para obtener aquélla o éste por mutuo disenso»¹³⁵. Diez días más tarde, una Ley de 12 de marzo¹³⁶, deroga la Ley de matrimonio civil, que es calificada como «una de las agresiones más alevosas de la República contra los sentimientos católicos de los españoles»¹³⁷; da eficacia, concediendo un plazo para su inscripción, a los matrimonios canónicos contraídos durante la vigencia de la Ley de 1932¹³⁸; y declara nulos los matrimonios contraídos por sacerdotes o religiosos con voto de castidad¹³⁹.

Restablecido el antiguo sistema matrimonial del artículo 42

dad social hasta hacer desaparecer el ciego odio materialista, disolvente de toda civilización y cultura »

¹³¹ Art 5, O 20 enero 39 (B O E 27 enero)

¹³² Art 5, O. 23 febrero 39 (B O E 1 marzo)

¹³³ Me refiero a mi *Matrimonio civil y Matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)*, «Anuario de Derecho civil», 1979, págs 83-175

¹³⁴ B.O E. 5 marzo.

¹³⁵ Art 1

¹³⁶ B O.E 21 marzo

¹³⁷ Preámbulo.

¹³⁸ Vid. art 2

¹³⁹ Vid art 3.

del Código Civil, una Orden de 22 de marzo de 1938 ¹⁴⁰, intenta resolver la eterna polémica en el sentido de quienes vienen obligados a contraer matrimonio canónico, entendiéndose que para acceder al matrimonio civil es necesario «que ambos contrayentes o uno de ellos declaren expresamente que no profesan la Religión católica» ¹⁴¹.

La sustitución del sistema de matrimonio civil obligatorio con posibilidad de divorcio, por otro que poco tenía que ver con los principios inspiradores de aquél, supuso una alteración incluso de los aspectos materiales y formales y, así, había transcurrido apenas una semana desde la Orden que regula la declaración de la no profesión, cuando una nueva Orden obligaba al cierre de los libros registrales de la Sección de Matrimonios y su sustitución por unos nuevos ¹⁴².

También a cuestiones registrales se refiere una Orden de 22 de septiembre de 1938 ¹⁴³ que interpreta una anterior relativa a la nulidad de inscripciones registrales, en zona no «liberada», y que por lo que se refiere al matrimonio establece que serán nulas las inscripciones «de hechos conceptuados como matrimonios civiles, contraídos durante la dominación roja, con arreglo a disposiciones distintas a las vigentes antes del 18 de julio de 1936» ¹⁴⁴.

Ya vimos como la primera vía para detener la eficacia de la Ley republicana de divorcio no fue otra que la suspensión de la sustanciación de tales pleitos; sólo después del fin de la Guerra, mediante Ley de 23 de septiembre de 1939, se haría desaparecer la figura del divorcio de nuestro ordenamiento; pero en noviembre de 1938 se dio un nuevo paso «procesal» para lograr la inaplicación de la Ley de divorcio, ya que se estableció «que las sentencias dictadas en pleitos de separación o divorcio tramitadas al amparo de la Ley de 2 de marzo de 1932, cuyo pronunciamiento sea denegatorio del divorcio o separación, y se encuentran pendientes de revisión interpuesta ante el Tribunal Supremo, se considerarán firmes a todos los efectos» ¹⁴⁵.

¹⁴⁰ B O.E 25 marzo

¹⁴¹ Art. 1.

¹⁴² Vid O. 29 marzo 38 (B.O E 31 marzo).

¹⁴³ B O E 25 septiembre

¹⁴⁴ Art 2

¹⁴⁵ O 9 noviembre 38 (B O E 12 noviembre)

La fijación de algunos extremos especialmente controvertidos del sistema matrimonial español se han realizado, durante décadas, no mediante disposiciones de carácter general, sino a través de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, en principio, resolvían un caso concreto, pero que estaban dotados de una especial fuerza expansiva¹⁴⁶; por ello resulta interesante el referirse a una resolución del entonces Servicio Nacional de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 1938¹⁴⁷, que aclara de un modo indubitado lo que ya señalaba la Ley de 12 de marzo de 1938 en el sentido de conceder eficacia civil a los matrimonios canónicos contraídos durante la vigencia de la Ley de 1932, y por tanto dando eficacia a algo que la legislación vigente en el momento de la celebración confería el carácter de nulo. La cuestión se plantea a propósito de la negativa del Encargado a la inscripción de un matrimonio de aquella naturaleza, y las consideraciones del Servicio son claras: «El Poder Público, en consideración a razones de índole social o como sanción a la morosidad de los particulares puede establecer condiciones para la entrada de los matrimonios canónicos en el Registro civil, pero nunca negarla en absoluto, porque equivaldría a desconocer de hecho la validez del matrimonio canónico»¹⁴⁸.

También a cuestiones registrales se refiere la Orden de 8 de marzo de 1939¹⁴⁹, en la que, en resumen, vienen a declararse nulas las inscripciones registrales relativas a matrimonios, que no hubieran observado las prescripciones legales vigentes en el momento de su celebración, así por ejemplo, matrimonios civiles celebrados ante funcionarios no competentes, de menores, etc.

Pienso que la legislación que acabamos de analizar va encaminada a lograr dos metas muy precisas: supresión del divorcio y restablecimiento de la eficacia civil del matrimonio canónico. Sólo después de la Guerra se logrará llevar ambas metas a su grado último; por lo que se refiere al divorcio, su derogación; por lo

¹⁴⁶ Vid. mi *El término «profesar la religión católica» en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, «Ius Canonicum», 40, 1980, págs 125-147.

¹⁴⁷ B O.E. 6 diciembre.

¹⁴⁸ Primer Considerando.

¹⁴⁹ B O E 13 marzo

que se refiere a la fijación del sistema matrimonial, estableciendo, de hecho, un sistema de matrimonio canónico obligatorio, llegando más lejos que el propio ordenamiento canónico ¹⁵⁰.

VIII. OTROS ASPECTOS

Hasta ahora nos hemos venido refiriendo a un conjunto de cuestiones que, cada una de ellas, produjo una actividad normativa plasmada en una pluralidad de textos; me referiré ahora a una serie de temas, que en algunos casos son de igual o mayor importancia que los anteriores, que no exigieron de tal profusión normativa.

Probablemente la norma que desmonta definitivamente el sistema republicano de Derecho eclesiástico sea la Ley de 2 de febrero de 1939 ¹⁵¹ que deroga la Ley de 2 de junio de 1933 de Confesiones y Congregaciones religiosas. Esta brevísima Ley deja sentada en su preámbulo cuál era la línea inspiradora en la materia del «Nuevo Estado»: «Partía aquella Ley de una base absolutamente falsa: la coexistencia en España de pluralidad de confesiones religiosas...Implicaba, además, fuerte violencia de la Justicia, privar a la Iglesia Católica de la libertad de disposición de los lugares, de las cosas temporales, mixtas, y aún de las sagradas... violentando e incumpliendo la santidad de un pacto bilateral que el nuevo Estado respeta.» Creo que todo es muy claro: la Iglesia católica debe estar en una situación de preeminencia con respecto a otras confesiones; se acogen los postulados del «*Ius publicum ecclesiasticum*» a propósito de la situación de la Iglesia: *libertas Ecclesiae* y *Concordato*. A pesar de ello hay que señalar que esta Ley que ahora se derogaba había sido aplicada por las autoridades de la «Zona nacional» ¹⁵²; es bien cierto que una ley continúa en vigor en tanto no se derogue expresamente, pero no funcionaban las cosas exactamente así, en todos los casos, en el período analizado.

¹⁵⁰ Vid O 10 marzo 41 Vid. págs 141-144 de mi trabajo citado en la nota 133

¹⁵¹ B O.E. 4 febrero.

¹⁵² Vid., entre otras, O. 13 marzo 37 (B.O.E. 14 marzo) y Resolución 3 febrero 39 (B.O.E. 23 febrero)

En esta línea de reponer las cuestiones relativas al Derecho eclesiástico al estado en que se encontraban antes de la II República, un Decreto de 3 de mayo de 1938 ¹⁵³, restablece la Compañía de Jesús en España, que había sido disuelta en 1932, y establece que «la Compañía de Jesús tiene en España plena personalidad jurídica...quedando, en cuanto a lo patrimonial, en la situación en que se hallaba con anterioridad a la Constitución de mil novecientos treinta y uno» ¹⁵⁴. Para ello, entre otras razones, se invoca el dato de que «el Estado Español reconoce y afirma la existencia de la Iglesia Católica como Sociedad perfecta» ¹⁵⁵. El proceso de restablecimiento de la Compañía fue complejo y largo, pero no cabe aquí analizarlo ¹⁵⁶.

Ya vimos como la asistencia religiosa a los Ejércitos y la Armada fue motivo de una amplísima normativa; otro de los supuestos típicos de sujeción especial que parecen justificar la asistencia religiosa es el de los internados en prisiones. Cuando mediante Orden de 30 de agosto de 1938 ¹⁵⁷ se autorizó al Jefe Nacional del Servicio de Prisiones a celebrar contratos, para atender a diversos servicios en las mismas, con ciertas Comunidades de religiosas, ya se anunciaba que el Ministerio de Justicia estaba «atento... a intensificar los valores morales que actúan en las Prisiones» ¹⁵⁸; prueba de esa atención fue la Orden de 27 de septiembre de 1938 ¹⁵⁹ mediante la que se restablecía y organizaba con carácter provisional la asistencia de religiosas en esos establecimientos.

Otro elemento más en la línea de restablecer a la Iglesia todos los derechos y privilegios con los que contaba con anterioridad a la II República, fue el promover la financiación mediante fondos públicos de su actividad. Para cumplir tal fin, cuando a finales de 1938 ¹⁶⁰ se reguló el procedimiento a seguir para que los enterramientos se produjesen en templos o casas religiosas, se esta-

¹⁵³ B O E 7 mayo

¹⁵⁴ Art. 1

¹⁵⁵ Preámbulo

¹⁵⁶ Vid , en el período de referencia, O 28 junio 38 (B O E 30 junio)

¹⁵⁷ B O E 5 septiembre.

¹⁵⁸ Preámbulo

¹⁵⁹ B.O E. 6 octubre

¹⁶⁰ O 31 octubre 38 (B O.E 3 noviembre).

bleció la necesidad de que se pagara una cantidad en metálico, siendo así que «la cantidad recaudada por cada otorgamiento del correspondiente permiso de inhumación será entregada a la Autoridad Eclesiástica competente», si bien es cierto que únicamente «para que la invierta en la construcción de los templos devastados»¹⁶¹. Más claramente se logra la finalidad propuesta mediante la Ley de 5 de enero de 1939¹⁶², en virtud de la cual «se abonarán mensualmente... retribuciones... mientras subsistan las actuales circunstancias... a aquellos Sacerdotes que levanten la cura de almas en Parroquias que hayan sufrido con mayor intensidad la dominación marxista y sean de más reciente ocupación»¹⁶³. Pero la voluntad de financiar mediante fondos públicos a la Iglesia católica, y la consideración de la misma como sociedad perfecta, debía de llevar, de modo inevitable, a una financiación generalizada de la Iglesia-Institución; eso, de un modo indirecto, se logra mediante la exención de la contribución territorial de todos los bienes inmuebles pertenecientes a la Iglesia¹⁶⁴; con una regulación muy similar a la actualmente vigente en España, exigiéndose, no sólo la titularidad eclesiástica, sino el destino de los bienes a una finalidad religiosa¹⁶⁵.

En el orden patrimonial, y para concluir, habría que señalar la autorización de varias fundaciones con finalidad religiosa o presencia de autoridades eclesiásticas en su patronato¹⁶⁶, pero eso entra ya en el ámbito de la iniciativa privada que aquí no corresponde analizar.

IVÁN C. IBÁN
Universidad de Cádiz

¹⁶¹ Art 3

¹⁶² B O E 8 enero

¹⁶³ Art. 1.

¹⁶⁴ Vid D 2 marzo 38 (B O E 4 marzo)

¹⁶⁵ «No se comprende en esta exención los locales destinados a alguna industria, a la enseñanza retribuida o a cualquier otro fin de carácter lucrativo.» Art. 1, in fine.

¹⁶⁶ Vid , entre otras, O 23 junio 38 (B O E 4 julio), O 14 junio 38 (B O E 8 julio); O. 3 octubre 38 (B O E 12 octubre).

II

EN TORNO A UN ARTICULO DEL PROFESOR LALINDE SOBRE LA LEGITIMA ARAGONESA

1. En el tomo LV del ANUARIO DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, páginas 333-387, aparece publicado un trabajo del profesor Jesús Lalinde Abadía titulado *Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa*. La razón próxima a esta aportación es un trabajo que yo publiqué en el homenaje a los profesores Paulo Merêa y Guilherme Braga da Cruz¹; y que constituyó una comunicación presentada en las Jornadas de Historia del Derecho de Nancy en septiembre de 1982.

El profesor Lalinde, a comienzos del año 1986 tuvo la gentileza de anunciarme la aparición de su trabajo, en abierta polémica con el mío. A ello le contesté que me parecía muy bien. Creo que mis palabras —aunque no las recuerdo textualmente— iban en el sentido de que debía alegrarme de que un trabajo mío pudiese permitir una aportación de mayor alcance, con las rectificaciones que hubiese menester. E incluso anuncié entonces que quizá le constataría.

En octubre de 1986 llegó a mi poder el tomo del Anuario, y con él, el artículo en cuestión. Y entonces, decidí responder, cosa que comuniqué por carta tanto al propio profesor Lalinde, como a la Secretaria de Redacción del Anuario, profesora Alicia Fiestas Loza, como a algunos colegas miembros del Consejo de Dirección con quienes pude encontrarme desde que conocí el volumen LV hasta que redacté estas páginas meses más tarde.

Mi decisión de contestar obedece a varias razones. La primera de ellas es que el profesor Lalinde me hace la merced de citar mi apellido unas setenta veces a lo largo de su trabajo, tanto en el texto como en las notas. Y sería indelicado por mi parte no ha-

¹ F DE ARVIZU, *La reserva hereditaria en el Derecho aragonés bajomedieval, Estudos en homenagem aos Profs M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, I (Coimbra, 1982) 299-335

cerme eco de esta publicidad de mi gentilicio. La segunda razón es el propio tono polémico del artículo del profesor Lalinde, que —manteniéndose siempre en un terreno estrictamente académico-científico— revela cierto destemple producido por mi breve comunicación francesa. Y entabla entonces una contestación que por momentos parece una catilinaria, que, vuelvo a repetir, se mantiene en los límites de la corrección entre colegas.

Las páginas del Anuario han recogido en varias ocasiones, tanto lejanas, cuanto próximas y aún inmediatas, escritos que entran dentro de ese género literario de la polémica científica. Polémica que es necesaria, plausible y aún me atrevería a decir que tonificante. El trabajo del profesor Lalinde entra, por tanto, con todo derecho, en los escritos de este género. Además de todo ello, entiendo que la polémica científica es muy reveladora del talante de cada cual, que queda retratado en sus argumentos mucho mejor que en unas memorias, en un Manual o incluso en un examen grafológico.

No me parece adecuado enviar la contestación al artículo del profesor Lalinde al amparo del derecho de réplica, entendido en su estricto sentido legal. Entre colegas, esto debe estar fuera de lugar. Y el ANUARIO así lo ha entendido a lo largo de su historia. La razón de elegirlo es doble, además de ser precisamente allí donde se ha publicado el trabajo que ahora se contesta. Por un lado, el considerarlo el órgano —por antonomasia— de expresión de los historiadores del Derecho español; sin que ello implique menosprecio alguno de otras prestigiosas revistas ². Por otro lado, el deseo de que también entre sus páginas figure un escrito mío de corte polémico. Y, aunque no es éste un género literario que haya cultivado, ni que especialmente me atraiga, he llegado a apreciar su lado «refrescante», que puede venir bien como alto en el camino de las aportaciones, digamos sin controversia.

Aunque resulte cosa obvia, no me resisto a dejar escrito que mi discrepancia con el profesor Lalinde puede ser viva, pero no es ni agria, ni personal. Así he entendido yo su trabajo, y así ha

² Contestando con fecha 13 de octubre de 1986 a mi carta del día 9 de ese mes dirigida al profesor Lalinde, éste decía, entre otras cosas: «Encuentro natural que desees contestar, y que lo hagas en el Anuario, que es el órgano de todos nosotros para este género de discrepancias »

de ser entendido el mío, tanto por el propio profesor Lalinde, cuando por los demás historiadores del Derecho español.

El profesor Lalinde me hace reproches de índole variada, que no voy a repetir aquí, porque a cada uno me referiré en las páginas que siguen, y con expresada referencia a las del trabajo del profesor Lalinde. En algunos me complace darle la razón. En otros, mi discrepancia es más matizada. En algunos, en fin, es rotunda. Para contestar a sus cincuenta páginas largas, en las que con tanta profusión espolvorea mi apellido, me ha parecido lo mejor atender a esas alusiones concretas, bien individualmente, bien agrupadas en torno a una determinada cuestión, y que permitan una respuesta a las objeciones del profesor Lalinde. Objeciones en las que tiene el buen gusto de no desdeñar la ironía. Tanto mejor, porque el *fair play* de una polémica científica no está reñido con el humor, en tanto éste se use con señorío.

2. En página 336, el profesor Lalinde *saluda* mi aportación. No sé en qué sentido lo hace exactamente. Según el Diccionario de la Real Academia, debe ser en la segunda acepción: «mostrar a otro benevolencia o respecto mediante señales formularias». No es precisamente benevolente con mi artículo, aunque convengo en que sí le presta un respeto *formulario*.

Me llama el profesor Lalinde *iushistoriador*³. No me gusta demasiado este neologismo, que supongo derivado del alemán *Rechtshistoriker*, y que goza de muy minoritaria aceptación en España. Por seguir la tradición, y también la gramática, prefiero el de *historiador del Derecho*. Es menos artificioso, para mí más elegante, y, en todo caso, no menos exacto.

3. En página 337, el profesor Lalinde⁴ dice:

³ Quizá fuese más correcto decir *iurishitorador*, puesto que es regla de nuestro idioma el emplear el genitivo en la castellanización de raíces clásicas, así jurisconsulto, jurisprudencia, estomatólogo, odontólogo, etc. Ya sé que la práctica ha admitido otros neologismos como iusnaturalista, iusprivatista, etc. Pero, además de no ser correctos, siguen sin gustarme.

⁴ También el profesor Lalinde ha cultivado este género de «comunicación científica o congresual». Recientemente, tuvo a su cargo la ponencia sobre las Cortes Catalanas en la Edad Media, en el Congreso sobre Historia de las Cortes de Castilla y León, el cual celebró su primera etapa en Burgos, del 30 de septiembre al 3 de octubre de 1986. El profesor Lalinde trató su tema desde una perspectiva europea. La exposición que oímos no me merece ningún comentario. Habrá que es-

«Salvo por lo que se refiere a trabajos propios, el Profesor de Arvizu prescinde de citar bibliografía lo que parece justificarse por el género que practica, y que es el de la comunicación científica o congresual. Sin embargo, lo que no creo tan justificado es el que no parece apoyarse en esa bibliografía. Se desemboca así en una especie de trabajo de "historia de la Legislación"»

Supongo que el profesor Lalinde no escribe estas líneas con doble sentido, y que me reconocerá la libertad de orientar mis trabajos como yo crea conveniente, aunque, como él dice más abajo, no le preocupe esta corriente metodológica, aunque no la comparta. Decidir si aquí se trata o no de hacer historia de la legislación creo que es un error de óptica. Lo que yo he intentado con éste y otros trabajos —para el profesor Lalinde con poca ventura, por lo que se refiere a este último— es mostrar, la evolución de la cuota reservada a los hijos en el Derecho de Aragón y Navarra; donde, partiendo de un origen común, luego se adoptan soluciones no idénticas, pero tampoco contrarias.

4. En esa misma página, el profesor Lalinde no discute el que, como yo opino, la regulación del tema en el Derecho navarro sea más compleja que en el Derecho aragonés; pero comparte la opinión de Vidiella quien, refiriéndose a este último, califica la materia de delicada y confusa.

Hace bien en ambas cosas el profesor Lalinde, porque no son en modo alguno excluyentes.

5. El profesor Lalinde (página 337), me acusa de leer lineal y precipitadamente los textos aragoneses. Estoy de acuerdo en cuanto a lo primero, si por ello entendemos su sentido gramatical estricto. En cuanto a lo segundo, quedará explícito mi desacuerdo a lo largo de estas páginas, de una manera más matizada.

Con respecto a:

«...recurrir a la doctrina de los foristas, foralistas, civilistas y iushistoriadores, para con ayuda de todos, y, por descontado, con la del Profesor de Arvizu entre éstos, plantear una problemática, elaborar los instrumentos conceptuales que permitan precisar las soluciones y detectar los numerosos paralogismos de los que está impregnada la cuestión sucesoria aragonesa, que ofrece más dificultades de las que puede ofrecer la castellana o la catalana, por ejemplo»

perar a la publicación «in extenso» de su ponencia para formar un juicio suficientemente fundado

he mantenido en público y en privado que es esencial al historiador del Derecho —en cuanto científico— la práctica de la humildad. Uno debe arriesgarse a errar y saber asumir tanto el riesgo como, llegado el caso, el error. Tal actitud no empequeñece ni desprestigia, máxime porque el propio error puede facilitar a otro el ver las cosas correctamente y progresar en el camino.

De manera que, incluso si la ayuda que yo puedo prestar en este tema es de esta calidad —negativa—, no caigo ni en el pesimismo, ni en la cólera. Creo que así pongo en su justo valor esta cita del profesor Lalinde que, leída en su contexto, más me parece retórica que otra cosa ⁵.

Los paralogismos son algo caro al profesor Lalinde. No emplea esta expresión según el Diccionario («razonamiento falso», acepción única) sino como algo contrario a la lógica ⁶; y así entiende —y nadie se lo discute— que lo *paralógico* no es *ilógico* ni *alógico*. Y que lo *paralógico* está en función de lo que sea *lógico*; lo que motiva que «muchos incluyen dentro de lo *lógico* lo que consideran *paralógico* aquellos otros que tienen un concepto estricto de lo *lógico*» ⁷.

Creo interpretar correctamente el pensamiento del profesor Lalinde diciendo que los paralogismos de la legítima aragonesa serían los momentos evolutivos que signifiquen cambios no azarosos en la lógica del sistema, teóricamente previsibles, y que provocan un reajuste más o menos lento de la institución hasta que nuevas roturas provocan nuevos cambios.

6. En la nota 16 de su trabajo, el profesor Lalinde dice que por inadvertencia no incluyó en su *Manual* mi obra *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media* (Pamplona, 1977). No se inquiete por ello, pues quien se interese por el tema, ya sabrá dónde encontrarla. No tomo como cuestión personal la vulneración del derecho a ser citado.

⁵ Como, según nuestro Diccionario, *retórica* tiene tres acepciones, prefiero aclarar que la empleo en la primera. «arte de bien decir, de embellecer la expresión de los conceptos, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover.» No se me pasa por la cabeza que esa cita pueda esconder ironía envuelta en *prosopopeya*, esta vez en su segunda acepción.

⁶ J LALINDE ABADÍA, *Hacia una Historia paralógica del Derecho, Historia Instituciones, Documentos* 4 (Sevilla, 1977) 317-353

⁷ *Ibid.* 328

7. En página 339 y s. y nota 25, el profesor Lalinde se sorprende de que yo declare dogmáticamente que el *Vidal Mayor* es un comentario de la compilación de 1247. Para guiar al lector, transcribo exactamente lo que yo dije ⁸:

«El autor del texto oscense, don Vidal de Cañellas, hizo un comentario al mismo, que se conoce con el nombre de Vidal Mayor, y en el que trata de dar una interpretación romanizante de un Derecho profundamente tradicional».

Vayamos por partes. A mí sí que me resulta sorprendente que un reproche de dogmatismo —no es el único que me hace— venga precisamente del profesor Lalinde. No debiera disgustarle que alguien tratase de ser un dogmático de la Historia del Derecho —yo no lo soy—; ya que él se proclama conceptualista, incluyendo bajo este concepto a

«aquellos otros que aspiran a elaborarlos —los hechos histórico-jurídicos— abstrayendo esencias, clasificando con arreglo a categorías y observando fenómenos» ⁹

Creo que es una labor necesaria, pero no exenta de riesgos, de enorme riesgos ¹⁰.

⁸ *La reserva hereditaria* 299 y ss

⁹ *Hacia una historia paralógica*, 323

¹⁰ Con motivo de un reciente concurso a una de las cátedras de Historia del Derecho de la Universidad de Barcelona, y creo recordar que antes de que el profesor Lalinde me anunciase su artículo, hice una pregunta completamente exenta de malicia, formulada poco más o menos así: «¿Será posible que nuestra generación pueda ver una Historia del Derecho Privado español?». Al hablar de generación lo hice precediéndola del adjetivo posesivo *nuestra*, porque no interpele al profesor Lalinde, sino a otro colega que formaba parte del tribunal, o, como ahora se dice, de la comisión. El profesor Lalinde terció entonces y se sorprendió de tal pregunta, para expresar a continuación —muy correctamente, desde luego— su disgusto por lo que él creía una minusvaloración de la exposición que sobre nuestro Derecho Privado histórico se encontraba en sus *Manuales*; y que el profesor Lalinde extendía no sólo a mí, sino al resto de los colegas, quienes no solían remitirse a ella.

Creo de verdad que la exposición del profesor Lalinde era bastante más que necesaria, pero debe ser entendida dentro de su *conceptualismo*, y por ello no me parece deba satisfacer más allá de lo que realmente alcanza. No es mi propósito hacer una crítica de esta parte de la obra del profesor Lalinde, pero sí diría que es peligroso conceptualizar cuando en nuestra Historia del Derecho Privado exis-

Acerca del Vidal mayor, lo más sencillo que puede decirse es que la doctrina ha variado. Antequera¹¹ dice que suplía lo que faltaba en la compilación de Huesca, pero no se pronuncia sobre su valor normativo. García Gallo¹² entiende que reproduce, desarrolla o comenta el contenido de la compilación de 1247. Tomás y Valiente¹³ lo considera como comentario o interpretación de los fueros. Pérez-Prendes¹⁴ lo cataloga como obra de aclaración y comentario. Escudero¹⁵ lo describe como obra complementaria, encargada por Jaime I, para interpretar y aclarar los preceptos de los Fueros de Aragón; y pudo facilitar la entrada del *ius commune* marginado en la atmósfera nacionalista de las cortes de Huesca. Sobre su vigencia, plantea las dos posturas: obra privada aclaratoria, o bien obra que gozó de un cierto reconocimiento oficial; pero no se decide por ninguna de ellas.

Pérez Martín pone de relieve cómo a partir de Molino, la obra de don Vidal aparece catalogada como una glosa o comentario al cuerpo legal de 1247, y se hace eco de la opinión contraria de

te un período de «dispersión normativa» que hace muy difícil su sistematización, y más aún abstraer o inducir su dogmática. A modo de ejemplo, si se lee su *Iniciación histórica al Derecho español* (Barcelona, 1970) concretamente el capítulo LXXII, 1ª parte, dedicada a los contratos de garantía, yo señalaría varias cosas. a) no creo que la fianza, en el período de dispersión normativa responda totalmente a la institución contractual, b) a veces, sustantivos como *fiaduría*, *fideiussura* o *fidanza* pueden expresar cosas semejantes, pero no idénticas, c) la fianza procesal casi diría que es más importante que la civil en el período de dispersión normativa, y d) la responsabilidad con los bienes propios de una obligación ajena admite otros límites que los del montante de la obligación. Estas precisiones, y otras que podrían hacerse, todas ellas referidas al período de dispersión normativa, no tienen otro fin —como resulta evidente— que poner de relieve ese peligro de conceptualismo en la Historia del Derecho Privado español, y por supuesto, no restan valor alguno a la exposición del profesor Lalinde, entendida como se ha dicho antes

¹¹ J. M. DE ANTEQUERA, *Historia de la Legislación española* (Madrid, 1890) 257 y ss

¹² A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español I* (Madrid, 1979) párrafo 802.

¹³ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español* (Madrid, 1979) 211

¹⁴ J. M. PÉREZ-PRENDES, *Historia del Derecho español* (Madrid, 1978) 645

¹⁵ J. A. ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho* (Madrid, 1985) 480 y ss

Feenstra y de Wolf. Para él, son momentos redaccionales de un mismo cuerpo legal.¹⁶

Por último, Martínez Díez¹⁷ considera que el Vidal Mayor fue el resultado de la labor de don Vidal para redactar, ordenar y dar forma a los resultados de las deliberaciones de Huesca; fue promulgada por Jaime I mediante una carta que comenzaba así: *In excelsis Dei thesauris*, y que fue objeto de una posterior refundición, para adaptar su estilo al de un texto legal propiamente dicho. Aquélla, llamada *Compilatio Maior*, quedaría derogada.

Como dice el profesor Lalinde, habrá que esperar nuevos trabajos, y entretanto utilizar los textos muy matizadamente, y en base a hipótesis razonadas. Me parece que ello no está reñido con que yo haya seguido la doctrina dominante, o, si lo prefiere el profesor Lalinde, *probatos auctores*. En todo caso, en este tema, el profesor Lalinde rehuye deliberadamente todo conceptualismo, según se desprende de la página 340 y siguientes de su artículo.

8. Como efectivamente supone el profesor Lalinde¹⁸, no utilicé para esta época las compilaciones publicadas por Ramos Loscertales, porque no las considero bajomedievales. Su interés es muy grande, como grande es, en no pocas ocasiones, la dificultad de su inteligencia. Aprovecho para ampliar la cita del profesor Lalinde en la nota 22 de su trabajo. Ramos Loscertales publicó una *Compilación privada de Derecho Aragonés* en AHDE I (1924) 400-408; una *Recopilación de fueros de Aragón* en AHDE II (1925) 491-523; y otra *Recopilación de fueros de Aragón* en AHDE V (1928)

¹⁶ A. PÉREZ MARTÍN, *Introducción a «Fori Aragonum»* (Vaduz/Liechtenstein 1979) 12 y s., en especial notas 47 a 49. He de hacer notar que el trabajo de A. WOLF, *Quelques remarques sur la relation entre les «Fori Aragonum» (1247), et le «Privilegio General» (1283)* se conocía, como dice PÉREZ MARTÍN, a través de un resumen publicado en la RHDFE (1973) 724 y s. Se trataba de un *compte rendu* de una comunicación presentada a las Journées Internationales d'Histoire du Droit de Perpignan (1973). El trabajo extenso *Los «Fori Aragonum» de 1247 y el «Vidal Mayor» Sus relaciones con la historia de la legislación europea*, publicado en AHDE 53 (1983) 178-203 apareció cuando yo había redactado y entregado mi aportación al volumen de homenaje en que fue publicada.

¹⁷ G. MARTÍNEZ DÍEZ, S. I., *Introducción a las «Observancias de Jaime de Hospital»* (Zaragoza, 1977) XXIV y s.

¹⁸ V. nota 22 de su trabajo

399-407. Estas dos últimas son recogidas por el profesor Lalinde en la nota antes aludida, pero no cita la primera.

9. En la cuestión de las denominaciones, es muy fácil que haya discordia. Quiero con ello puntualizar la alusión de la nota 23 del trabajo del profesor Lalinde, relativa al uso de la expresión *Código de Huesca*. No he pretendido sino remitirme a una denominación que, si no es unánime, tampoco es exclusivamente mía. No considero código en sentido técnico a la compilación de 1247, de manera que coincido con la explicación del profesor Lalinde en el texto de la página 339; así como entiendo que no me reprocha que no sepa exactamente qué sea un código en sentido técnico. He utilizado ese sustantivo en sentido instrumental —por una vez, no me remitiré al Diccionario de la Academia¹⁹— sin pretender, ni una definición conceptual, ni contrariar al profesor Lalinde en su *Manual*²⁰.

10. El profesor Lalinde no cree que las Observancias puedan ser consideradas obras de los juristas²¹, ya que éstos a los más deberían ser considerados recopiladores o compiladores. Cuando yo las definí así, no estaba pensando en algo distinto de lo que se expone en las páginas correspondientes de su trabajo.

De *paternidad* de una obra jurídica puede hablarse en dos sentidos: en cuanto a la originalidad de su contenido, entendiéndolo por tal la que únicamente se debe a la elaboración intelectual del autor; pero también en cuanto a la labor que realiza sin considerar la estricta *originalidad* o no de su contenido: entiéndase, que «únicamente tiene origen en». De tal manera que podría entenderse, por ejemplo, que Díez de Aux y sus seis letrados son autores de las Observancias que comúnmente llevan el nombre del primero, sin que por ello nadie pretenda que dichas observancias han salido únicamente de la cabeza de sus redactores.

En cuanto al carácter oficial, no discuto ni niego lo que dice el profesor Lalinde. Una cosa es que se *oficialice* una obra jurídica mediante un acto normativo expreso, como por ejemplo, en la *Lex Romana Visigothorum*; y otra que una colección de observan-

¹⁹ Por si alguien fuese puntilloso, advierto que al menos la segunda acepción es vulgarizante, y la sexta es en sentido figurado

²⁰ *Iniciación histórica*, 142 y s.

²¹ V pág 341 y s. de su trabajo

cias goce del reconocimiento general —no quiero decir unánime—, aunque no haya sido refrendada por ese acto normativo específico. Ambas cosas no se contradicen, como creo que tampoco están en contradicción mis palabras con la explicación del profesor Lalinde, al menos de manera tan diametral como éste ha creído entender y quiere presentar.

10. No es fácil sintetizar el proceso de romanización del Derecho aragonés. Y la afirmación que da pie al reproche del profesor Lalinde²² puedo admitir que es apresurada, pero quizá no del todo inexacta. Como él mismo dice, impresiona el romanismo de Jaime de Hospital. Que no le cause impresión alguna el de Salanova o el de Díez de Aux, entiendo que afecta a la *psyché* del profesor Lalinde, y por ello no me detengo sobre este punto. Ahora bien, la cuestión puede complicarse si se considera la influencia que pudo tener Hospital en Díez de Aux.

Se ha admitido en la manualística histórico-jurídico-española —con carácter entiendo que general— que lo que puede haber de romanización en el Derecho aragonés, vino dado por obra de los juristas, quienes interpretaron a la luz de su formación, las instituciones aragonesas²³. Incluso el profesor Lalinde, en su *Manual*²⁴ dice lo siguiente:

«La influencia del Derecho común en el Derecho aragonés se verifica siempre a través de vías indirectas, como son. .c) la doctrina, aprovechando la equidad como Derecho supletorio, y en especial, a través, de la actividad de los juristas y lugartenientes, siendo muy perceptible el influjo romanista en las observancias»

Lo cual, parece que a él no le impide considerar que Aragón es el reino hispánico más opuesto al Derecho común, que repudia

«no sólo en cuanto a una recepción política, rechazada también por todos los demás reinos, sino en cuanto a una recepción técnica, e in-

²² V pág 344 y nota 23 de su trabajo

²³ Así GARCÍA-GALLO, *Manual I* paragr 192, J. M^a FONT I RIUS, *La recepción del Derecho Romano en la Península Ibérica, Recueils de la Société d'Histoire du Droit et des institutions des Anciens Pays de Droit écrit VI* (Montpellier, 1967) 85-104, ESCUDERO, *Curso*, 482, TOMÁS Y VALIENTE, *Manual* 212 y s, PÉREZ-PRENDES, *Curso*, 637

²⁴ *Iniciación histórica*, 148

cluso a una penetración. Todo ello sin perjuicio de una influencia del Derecho común, que se verifica siempre a través de vías indirectas. .»²⁵

Para no descentrar el alcance del reproche del profesor Lalinde, ahora es el momento de transcribir literalmente la afirmación que lo fundamenta:

«Es de sobra conocido el fenómeno de romanización en el Derecho aragonés, operado mediante las obras de los juristas»²⁶

Creo que hace esta cita innecesaria cualquier aclaración por mi parte sobre lo que digo, cómo lo digo, y el alcance de lo que digo.

En su artículo (página 344 y s.) el profesor Lalinde matiza las afirmaciones de sus *Manuales* —yo creo que hace bastante más que matizar— con respecto a las observancias y el Derecho sucesorio. Yo, en todo caso, no considero *problemático* aducir opiniones compartidas, incluso por él, que no descartan las oportunas matizaciones. Ahora bien, si el profesor Lalinde considera que las palabras de sus *Manuales* que se producen arriba, confrontadas con la disertación que inserta en su artículo constituyen: a) un desarrollo, b) una contradicción, o c) un paralogismo, es algo que está necesitado de una interpretación auténtica, que sólo él puede dar.

11. Refiriéndome al apartado «Hereditario e institución de heredero» del trabajo del profesor Lalinde, comienzo una rectificación a la página 346, cuando, en nota 49, dice:

«Vid. F de ARVIZU, op. cit pag 501, donde se dice, literalmente «no ya un bien inmueble, sino una heredad»

No se trata de la página 501, sino de la 301. Verosímelmente se trata de una errata, porque la página citada en dicha nota pertenece a otro artículo, que no es mío²⁷.

²⁵ J LALINDE ABADÍA, *Derecho histórico español* (Barcelona, 1974) 114

²⁶ *La reserva hereditaria*, 300

²⁷ J VALLET DE GOYTISOLO, *El Derecho romano como buena razón en Cataluña*, *ibid.* 471-532

Pero creo que el profesor Lalinde no ha leído con el necesario detenimiento lo que yo digo: «no ya un bien inmueble, sino una heredad». No hay aquí sentido adversativo, sino superlativo. Es decir, no considero al inmueble como algo conceptualmente contrapuesto a la heredad. Creo que una interpretación lógica del título *De donationibus*, iluminada por lo que se lee en *Vidal Mayor* VI,20 —aunque éste se refiera a la institución de heredero— nos lleva a considerar que heredad es un conjunto de bienes inmuebles²⁸. Se puede honrar en una heredad si el padre tiene muchas, o en una tierra, si el padre tiene una heredad solamente.

De aquí se sigue: a) que el texto habla de bienes inmuebles, y b) que una tierra —bien inmueble— está englobada dentro de una heredad, que puede contar de varias tierras. Por tanto, implica un concepto patrimonial más amplio. *Ergo*, mi afirmación puede pecar de lacónica, pero no de inexacta. Que el profesor Lalinde la haya entendido mal es algo evidente, pero eso es otra cuestión. Por eso no tengo inconveniente en suscribir —*heri et nunc*— la explicación que él inserta a partir del segundo párrafo de la página 346 de su trabajo.

Con respecto al uso de la palabra *ingenuo*, que yo no identifico con infazón, he de matizar lo siguiente: en el texto de Huesca se contraponen infazones y quienes lo son. Si no se sabe con exactitud quiénes sean estos ingenuos, sí puede afirmarse que son de superior condición que aquellos otros que sólo pueden dar «unum donum ante partem» a uno de los hijos, «de mobili aut sedenti». Si luego vemos que en *Vidal Mayor* VI,20,12 se menciona a los infazones y a aquellos que, sin serlo, dotaron a sus mujeres como los infazones, o que en VI,20,5 se habla de quienes tienen cien castillos, villas o posesiones —supuesto más teórico que real—, ¿no nos lleva esto a considerar ingenuos a quienes sean infazones o, aun no siéndolo, actúen como tales, dada su riqueza?

¿Está tan disconforme mi apreciación con lo que entiende el profesor Lalinde?

«ingenuo ha debido ser sinónimo de noble, y ha comprendido también a la alta nobleza, es decir a los barones»²⁹?

²⁸ Ver *Vidal Mayor* VI,20,2, citado en mi artículo, nota 4.

²⁹ V. pág. 347 de su trabajo.

12. En mi trabajo, después de tratar ese largo fragmento del *Vidal Mayor*³⁰, señalo un nuevo momento evolutivo, que viene marcado por los fueros de 1307 y 1311. Que yo me contente «con leerlos como si no planteasen ningún problema», no pasa de ser una personalísima opinión del profesor Lalinde³¹. Lo mismo cabe decir cuando, poco después³², sigue diciendo que considero «no problemática» la desheredación sin causa.

No cita en la nota 78 de su trabajo el que yo dediqué a este tema³³.

Brevemente, he de señalarle a mi apreciado colega que no he dicho ninguna de las dos cosas; de tal manera que sería poco apropiado perder mucho tiempo en rebatir aquello no atribuible a mi paternidad. Naturalmente, empleo este sustantivo en sentido no físico, pero para mayores explicaciones, remito al lector a las observaciones que dejo dichas en el número 9 del presente artículo.

Efectivamente, cuando yo hablo de testamento inoficioso, me apoyo en el *Vidal Mayor*³⁴. Que no me apoye en textos forales, porque no existen —salvo en lo que puede tener relación con el tema la legítima piadosa— es un reproche que me formula el profesor Lalinde y que acepto con humildad.

13. En mi artículo, yo aduje la idea de que el fuero de 1307 hacía quebrar la primitiva idea —empleo forzosamente esta redundancia— de igualdad entre los hijos³⁵. El profesor Lalinde no sólo no acepta esta idea, sino que además estima que me contradigo con otra afirmación anterior³⁶ en el sentido de que los textos aragoneses se cuidan de no señalar cuota alguna de reserva hereditaria³⁷, quizá intencionadamente.

Estoy de acuerdo con él en que es muy difícil saber y comprender qué ocurrió antes de 1307. Sin entrar en su largo razonamien-

³⁰ *La reserva hereditaria*, 301-304

³¹ Expresada en la pág 351 de su artículo

³² V pág 352 de su artículo

³³ *Las causas de desheredación en el Derecho altomedieval de Aragón y Navarra, Mélanges offerts a Jean Dauvillier* (Toulouse, 1979), 1-14

³⁴ *Vidal Mayor* VI,19 De inoffitioso testamento, es assaber . etc.

³⁵ *La reserva hereditaria*, 304.

³⁶ *Ibid* 301

³⁷ *Precisiones conceptuales*, 353.

to de las páginas 353-355, quiero poner el acento en una frase que aparece en esta última:

«En todo caso, la libertad de testar o la división igualitaria es practicada respecto a lo que queda, después de haber cumplido los padres una serie de obligaciones diversas, las cuales sospecho que en gran número de casos agotarían en gran medida el caudal paterno»

Luego, algo queda de la idea de igualdad sucesoria de los hijos, aunque no sea otra cosa que lo que podría enunciarse poco más o menos así: los hijos, todos ellos, deben percibir algo de la herencia paterna. *Ob iter*, aunque el agotamiento del caudal paterno al que alude el profesor Lalinde sea enunciado cautelosamente como sospecha, creo sería deseable una mayor concreción sobre la información que tiene para formularla. Si a ella le conduce su instinto —sólo en este caso— puedo contraargumentarle así: no es pensable que el padre o los padres dejen agotar su caudal en vida, porque no es lo natural que se enfrenten a los avatares de sus últimos años sin recursos, por haber donado a los hijos bienes en tal manera que su fortuna quede casi agotada. No es otra la interpretación que puede darse a la expresión «agotarían en gran medida el caudal paterno», que ocupa el final del párrafo citado.

Ahora bien, una cosa es que subsista una idea igualitaria y otra que el Derecho, atendiendo a realidades sociales, no la respete, o *passe outre*. Así el texto oscense del título *De donationibus*, al autorizar a dar *unum donum ante partem* a uno de los hijos parece —y recalco este matiz— que está en el esquema lógico de esa igualdad alterable. Y el *Vidal Mayor* VI,20,2 y 3, cuando alude al fuero, donde igualmente parece que las cosas *non mobiles* deben ser partidas entre los hijos por igual, ¿no está reflejando también esa idea de igualdad?

Que luego ésta venga a ser inexistente a causa de las donaciones en vida, o las dotes de las hijas, o el hacer posible que los hijos doten a sus mujeres, supera una idea ya poco pujante en el texto oscense.

13. En página 355 y s., el profesor Lalinde me censura el aportar incompleto el largo texto del *Vidal Mayor* VI,20, de leerlo precipitadamente, y a continuación de no leerlo en su totalidad, dada

la desproporción entre el texto y mis conclusiones sobre el mismo, desproporción que él mide físicamente.

Vayamos por partes. Efectivamente, omito la parte final, cosa que subsana el profesor Lalinde³⁸, aunque no hace mención de los números concretos de la parte omitida (27-30), como hago yo en el resto de la cita.

Lo de la desproporción entre las dos páginas del texto en la letra menuda y los 3/5 de página de las conclusiones, me parece un tanto chocante. No se me alcanzan los parámetros de armonía tipográfica que tiene el profesor Lalinde para hacer semejante aseveración. Como también encuentro poco armónico ese binomio de leer un texto precipitadamente, para decir a renglón seguido que no lo he leído en su totalidad. Le dejo, pues, con sus dudas y sus certezas, que le llevan desde su subjetividad a interpretar mi sosiego o desasosiego en la lectura mejor que yo mismo.

Hechas estas precisiones sobre la forma en que el profesor Lalinde plantea sus reproches, creo que puede tener razón en cuanto al fondo. Y según lo que dije antes en lo relativo a asumir el riesgo de equivocarse, y aun el propio error³⁹, me honra dejar escrito que en esta cuestión ve el profesor Lalinde más lejos que yo. Y conste que esto no lo digo porque su comentario a este texto de don Vidal sea algo superior a la relación 1:1. Aunque sus conclusiones, que él enuncia como provisionales, deberían ser desarrolladas en un posterior estudio sobre este texto, dadas las oscuridades que encierra. Casi puede decirse que don Vidal quiso aclarar las tinieblas del pueblo sustituyendo la oscuridad por la niebla en esta cuestión.

Aunque el profesor Lalinde lo exprese con duda (página 358), no creo que el régimen sucesorio que se esboza en *Vidal Mayor* VI,19, al tratar del testamento inoficioso, sea tan distinto —en el sentido de contrario— al VI,20. Porque si la preterición no se salva dejando tan poca cosa que parezca escarnio⁴⁰, entra en juego la reducción de las limosnas, la atribución de cosas inmuebles a los hijos, o las muebles, si no posee inmuebles el testador. No obs-

³⁸ V nota 88 de su artículo

³⁹ V. supra n.º 5 de este artículo.

⁴⁰ Ver la síntesis del profesor Lalinde, pág. 357 de su trabajo, primer párrafo, letra j).

tante, también sobre esta posible antinomia se haría necesario un estudio detenido.

14. El profesor Lalinde me atribuye el acierto de comprobar que se habla de legítima en las Observancias ⁴¹ pero no en los fueros más antiguos. El alivio que me produce este elogio del profesor Lalinde queda un tanto aminorado por el hecho de que yo traté de dejar sentada una afirmación elemental y de todos conocida, al menos en España. Pero el público extranjero a quien iba dirigida mi comunicación sí agradeció la precisión. Naturalmente que ésta, a mi docto colega debe resultarle tan familiar como la fecha de la constitución de Cádiz, por ejemplo. No creo que, por el hecho de citarla correctamente en su *Manual* ⁴² se crea nadie en la obligación de celebrarlo.

Que el profesor Lalinde dude de que el empleo del término *reserva* va a ayudar a comprender la legítima aragonesa, es perfectamente legítimo. Si yo lo empleé, fue porque creo lo contrario, lo cual me supongo que también es perfectamente legítimo. Si lo hice, fue para no hablar de *legítima* allí donde no aparece, porque eso sí puede inducir a distorsiones. Como reserva, entiendo el conjunto de bienes —propios o no— que deben ir a parar a los hijos, no porque un bien en concreto no pueda enajenarse, sino porque hasta un determinado montante de la herencia debe distribuirse entre ellos.

Y aprovecho para decir que, además de Lacoste, al que despectivamente cita el profesor Lalinde ⁴³, el sustantivo reserva se encuentra también en Viollet ⁴⁴, donde se emplea tanto referida a los bienes propios, como al caudal reservado a los herederos; es decir, en una acepción lata —que es la que yo empleo— y en otra estricta. En la primera acepción lo emplea también el *Manual* de Ourliac y Malafosse ⁴⁵, que es de nuestros días, y se emplea en algunas Facultades como libro de texto.

⁴¹ V pág 360 de su trabajo.

⁴² *Iniciación histórica*, 238

⁴³ V pág 361 de su trabajo, y nota 106.

⁴⁴ P VIOLLET, *Histoire du Droit Civil Français*, reimpresión de la ed de 1905 (Aalen, 1966), 930-933

⁴⁵ P OURLIAC y J DE MALAFOSSE, *Histoire du Droit Privé*, III *Le Droit familial* (Paris, 1968), 480 y s

15. El fuero de 1307, como acertadamente dice el profesor Lalinde, permite a los padres instituir heredero a uno de los hijos, dejando a los otros lo que les pluguiera. No veo que eso signifique negar la legítima simbólica en lo que se refiera a los restantes hijos. Todo depende de lo que los padres les atribuyan, que pueden perfectamente ser los cinco sueldos por muebles y cinco por inmuebles ⁴⁶

Yo no digo en mi trabajo (página 305) que Salanova —citado por Hospital— refiera su comentario al *forum antiquum* de 1307-1311 en vez de hacerlo a la compilación de 1247, como me atribuye el profesor Lalinde. Lo que digo es que Salanova se expresaba en el sentido de que, si los padres daban bienes a su hija para su ajuar, quedaban libres para disponer de sus bienes por testamento como quisiesen, con tal de dejar algo por testamento, como legítima, a la hija casada. Y que con respecto al hijo, la legítima debe ser suficiente según el prudente arbitrio del juez. Por tanto, la legítima, en ambos casos era fijada por los padres. Que en un caso se trate de 1307-1311 y en el otro del título *De rebus vinculatis* de la compilación de 1247 referido al hijo único, lleva la misma conclusión: la libertad de los padres para señalar la legítima.

Que ese apotegma no se deba a Pérez de Salanova, sino a Hospital, como mantiene el profesor Lalinde parece probable, de manera que rectifico la atribución que hice en mi trabajo, y he de darle la razón.

16. En la página 369, el profesor Lalinde se refiere al tema de la mejora, donde vuelve a citar a Lacoste, a Elfgén y a sí mismo, y me acusa de no tener en cuenta estos precedentes ⁴⁷. En la página siguiente me da la razón al reconocer que, en el tiempo anterior a 1307, ha existido la mejora, aunque muy limitada. Y luego concluye que yo confundo la mejora con dar en *avant part* y demás términos similares.

⁴⁶ *Precisiones conceptuales*, 364.

⁴⁷ Alude a pág. 335 de mi artículo donde, a modo de conclusión, me refiero a la mejora con estas palabras «Son en un principio herederos forzosos /los hijos/, pero para el siglo XIV ya no se les considera sino legitimarios. Algo parecido ocurre con la mejora que, muy limitada en el Código de Huesca y en el *Vidal Mayor*, se amplía progresivamente, tanto en fueros posteriores como en las Observancias »

El profesor Lalinde, que parte de su propio esquema conceptual, viene obligado a entender así lo que yo digo. Es sabido que si se proyectan conceptos hacia el Derecho del pasado, obligatoriamente se producirán distorsiones siempre y cuando aquéllos no vengan dados por inducción del propio sistema estudiado. Lo contrario es el reproche que desde siempre se ha hecho a la orientación dogmática de la Historia del Derecho.

No creo preciso extenderme más en este punto, porque es de sobra conocido, tanto para el profesor Lalinde, como para cualquier historiador del Derecho no bisoño. Pero sí digo que, aun reconociendo el uso del término mejorar simplemente como aventajar sobre los otros herederos, tengo mis dudas sobre la conveniencia de encerrar en conceptos al Derecho en momentos en que ello puede llevarnos a no captarlo en su propia lógica.

Que el profesor Lalinde entienda como mejora únicamente la parte de legítima sobre la que puede disponer el testador en beneficio de unos legitimarios con perjuicio de otros⁴⁸, le lleva a concluir que la distribución desigual de la legítima la hace innecesaria. Ahora bien, él dice⁴⁹ que la mejora es un concepto de Derecho sucesorio, en tanto que la ventaja es un concepto de Derecho familiar; apoyándose —al parecer— en que, sobre todo en las Observancias, se distinguen los títulos que versan sobre testamentos de los que versan sobre donaciones o sobre la dote. Y constata que la ventaja se concede a través de donaciones *intervivos*, y, más raramente, *mortis causa*. Me parece una consecuencia errónea, precisamente derivada del empleo de un rígido esquema conceptual, ya que una cosa es que la donación tenga efecto en vida del donante, y otra que la muerte no juegue como causa; por ejemplo en las donaciones de parte anticipada. Por otra parte, me parece también arriesgado separar tan drásticamente Derecho familiar y Derecho sucesorio.

17. En página 373 y s., el profesor Lalinde puntualiza una afirmación mía, apoyada en las Observancias, sobre la responsabilidad de los hijos en las deudas de los padres. Resulta un tanto chocante que él hable de la «responsabilidad» del legitimario en

⁴⁸ *Iniciación histórica*, 726 y s

⁴⁹ V pág 371 de su trabajo

cuanto heredero ⁵⁰, ya que son dos conceptos suficientemente deslindados en el Derecho civil. Precisamente la observancia de Hospital sobre el legado de dinero distingue al *hijo del otro heredero*. El profesor Lalinde la subraya, pero asocia legitimario y heredero de una forma que no termina de explicar; ya que la no responsabilidad del hijo legatario (la observancia dice *legaverint*) contrasta con lo que ocurre cuando el hijo es heredero. Si por legitimario se entiende al hijo, cuando éste es únicamente legitimario entiendo que deja de ser heredero.

Por otra parte, no hace comentario alguno a la observancia de Díez de Aux lib IV, tit. *De donationibus*, parágrafo 17, donde se dice lo siguiente:

«Parentes in vita sua, vel in morte, possunt donare filis omnia bona cum carta, vel cuilibet partem suam, et valebit, et non tenebuntur in debitis patris»

18. El profesor Lalinde entiende ⁵¹ que la observancia de Hospital V,6,21 no se refiere al derecho de representación, como pienso yo. Efectivamente, en V,6,22 se expone una opinión radicalmente contraria con el texto anterior; y Hospital, después de exponer un solución favorable al derecho hereditario del nieto en el primer texto y desfavorable en el segundo, no se pronuncia, y sale del paso con un esquivo *deleberetur*. Acepto el reproche de no aportar este segundo texto, cosa que subsana el profesor Lalinde ⁵².

Entiende mi colega que no hay derecho de representación porque éste exige

«la concurrencia de personas del mismo grado, con previo fallecimiento de una de ellas, que, a su vez tenga personas que le puedan suceder o representarle» ⁵³

⁵⁰ V. pág 375 de su trabajo

⁵¹ V pág 376 y s de su trabajo

⁵² V nota 164 de su trabajo Sobre lo que me dice en pág 377, exactamente que no he leído el texto, no necesito abundar en ello, tan sólo remitirme a lo dicho en el n ° 13 de este trabajo

⁵³ V pág 376 de su artículo

Como primera puntualización, hay que decir que si una persona ha muerto, no puede concurrir a la herencia de nadie, como dice el profesor Lalinde, quien no salva la antinomia al puntualizar que el fallecimiento ha de ser previo. Si lo es, ya no hay concurrencia. Esta sería entre una persona y los *representantes* de otra fallecida, que tenía el mismo grado de parentesco con el *de cuius* que la viva.

Para que exista representación, se requieren tres personas: el causante, el heredero que muere y su representante, o representantes en su caso. De suyo, no se necesita que exista otra del mismo grado que el heredero que falla.

El texto plantea el supuesto de desheredación *ex causa* del hijo, lo cual no sería óbice para que pudiera ser representado por el nieto, ya que el hijo ha dejado de recibir la herencia por una causa independiente de su voluntad. La desheredación entra entre ellas, por lo que se refiere a la legítima.

Ahora bien, el derecho de representación es propio de la sucesión intestada, que es lo que se produce aquí al negarse el extraño instituido a aceptar la herencia. Y el nieto sucede por ser *propinquior*, precisamente nieto, hijo del hijo del causante. En el texto no se menciona la existencia de otros hijos, lo que hubiera simplificado la solución. Pero ¿de dónde le viene al nieto su título de *propinquior*? Precisamente, del padre. Y en el texto siguiente, la opinión contraria se basa en la sucesión intestada, pero es que la representación propiamente se da en ella. Que el nieto herede por representación, o por ser el único pariente más próximo, a efectos prácticos, es lo mismo; pero sigo sin ver claro que no se refieran ambos textos a la representación.

19. Sobre que yo entienda que el fuero *De rebus vincularis* no ofrece problemas, reitero que no he dicho tal cosa, y esa conclusión es subjetiva y errónea del profesor Lalinde⁵⁴. Mi colega puede opinar lo contrario que yo en cuanto a si está más cerca de la vinculación de bienes la sustitución vulgar o fideicomisaria. Si está en lo cierto, mi opinión errónea —y creo que lo es— habrá servido para que se clarifique algo este tema vidrioso.

Sin embargo, no creo que con la palabra *destín* se aluda siempre a un mandato de confianza, según el cual el testador enco-

⁵⁴ *Precisiones conceptuales*, 376

mienda su voluntad a otras personas ⁵⁵. El profesor Lalinde no admite más que un sólo significado para *manda* y *destín*, y eso creo que no se corresponde con la realidad.

En cuanto a la antinomia de las dos observancias de Pérez de Salanova ⁵⁶, señalo simplemente que en la primera de ellas, dice Salanova:

« . potest filius vel filia, post viginti annos alienare et suam facere voluntatem de dictis bonis, ac si non esset vinculata, nisi testator expresse diceret, quod etiam post viginti annos durat vinculum »

mientras que en la segunda expresa lo siguiente:

« . pater vel mater bona sua suo filio legitimo usque ad XX annos potest vinculare, quia si in perpetuum vinclasset, censeretur exheredatus ».

Parece que el profesor Lalinde entiende que la vinculación de más de veinte años es perpetua. Pero lo cierto es que en esos dos textos no aparece tal cosa. Lo que el primero autoriza es la vinculación *expresa* que por un tiempo superior a los veinte años. Lo que el segundo prohíbe es la vinculación perpetua. Mi apreciado colega propone dos soluciones para salir del paralogismo que representa —según él— esta antinomia.

Yo puedo proponer una tercera, que podría enunciarse así: cabe la vinculación expresa por más de veinte años, con tal de que no sea perpetua ⁵⁷. Los supuestos de hecho a los que se refiere esta hipótesis —vinculación por 21 años o por 200— habrían de ser apreciados en vía judicial, para ver si constituían o no desheredación.

20. No voy a extenderme más acerca de las páginas que el profesor Lalinde dedica a la legítima aragonesa, motivado de mane-

⁵⁵ *Iniciación histórica*, 714. Se identifica en este manual el *destín*, a la *manda*. Ya he llamado la atención sobre que de *manda* puede hablarse en el sentido al que alude el profesor Lalinde, pero también en otro, que es equivalente al testamento, aunque éste aparece más tardíamente. Ver mi trabajo *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media* (Pamplona, 1977), 222 y s.

⁵⁶ Citadas en nota 62 de mi artículo, y aludidas por el profesor Lalinde en pág. 381 y s. de su trabajo

⁵⁷ V. pág. 383 del trabajo del profesor Lalinde

ra inmediata por mi artículo sobre el tema, motivación a la que ya aludo en el primer párrafo de este artículo. Yo no empecé esta polémica, y por eso, no estoy en condiciones de decir si queda terminada con estas páginas o no, puesto que su continuación depende de si el profesor Lalinde considerará oportuno o no el replicar. En el terreno de las hipótesis, creo que si hay réplica, habrá dúplica. Pero a mí me gustaría que la secuencia no se prolongase hasta el infinito.

Creo que con mi respuesta he intentado matizar, refutar, aceptar en ocasiones y poner en su justo valor en otras, los reproches y discrepancias con el profesor Lalinde. Pero también he pretendido llegar a un acercamiento de posiciones que evitase el confu-sionismo⁵⁸, teniendo en cuenta más la fecundidad del diálogo —aunque sea polémico— que un amor propio que pudiera sentirse vulnerado por quien sustenta opiniones contrarias a las que el historiador del Derecho deja plasmada en su producción científica. Están pugnando por salir de la mente al papel las palabras que acerca de sendas polémicas dejaron escritas un maestro y un compañero. Pero creo que podrían empañar el tono de sincera estima por mi oponente que yo he querido dar a estas páginas. Así que pongo punto final a mi contestación en este momento.

F. DE ARVIZU

⁵⁸ Esta invitación, tan razonable, me fue formulada por mi colega en la carta personal a la que se alude en nota 2 de este artículo

III

LES ESPAGNOLS ET L'ENSEIGNEMENT DU DROIT A L'ANCIENNE UNIVERSITE DE MONTPELLIER *

L'histoire de l'ancienne —ou plutôt, comme nous le verrons, des anciennes— Université de Montpellier est aujourd'hui suffisamment connue pour que l'on puisse la résumer à grands traits; le rôle qu'y ont joué les Catalans, et plus généralement les professeurs d'origine ibérique, n'a pourtant pas été suffisamment souligné, bien qu'il ait été deviné, pour les civilistes par José María Font Rius, pour les canonistes par Antonio García y García.

Avouons toutefois que les problèmes relatifs à l'origine de l'enseignement juridique ne sont pas encore résolus de façon satisfaisante. Dans une ville relativement récente —le toponyme apparaît en 985, mais les indices de présence d'une véritable agglomération sont de cent ans postérieurs—, les influences les plus diverses pouvaient s'exercer. Pour la médecine, des praticiens nécessairement dépendants de l'école salernitaine s'installent dès le milieu du douzième siècle; que certains d'entre eux aient enseigné, la chose est attestée en 1181, et remonte sans doute aux décennies antérieures. Dès 1220, ils forment corps, et l'ancienneté de leurs premiers statuts sera pour beaucoup dans une tradition d'indépendance vis-à-vis de leurs collègues des autres disciplines qui ne se démentira que dans de rares occasions.

Quant à ces autres disciplines, elles sont très vite dominées, et le resteront, par les juristes. Les premiers praticiens du droit apparaissent vers 1130; leur réputation se répand vite, puisque le

* Que nos collègues enseignant à la Faculté de Droit de l'Université Autonome, à Barcelone, veuillent trouver dans ces pages l'expression de notre reconnaissance pour leur chaleureuse hospitalité.

puissant abbé de Cluny Pierre le Vénérable, remercie dès cette époque un certain Etienne, *jurisperitus Montispessulani*, pour services rendus. Divers indices amènent à tenir pour vraisemblable l'influence de la première école juridique française, axée autour de l'ordre des chanoines de Saint-Ruf, et qui se trouve fixée dans la vallée du Rhône: Arles en deviendra vite le centre lorsque, comme il est très probable, le glossateur italien Rogerius s'y installera. A Montpellier même, le glissement de la pratique à l'enseignement reste, comme pour les médecins, insaisissable; l'obscurité s'épaissit d'autant plus que, comme en Provence, ces pionniers parmi les juristes affectent la qualification de *grammaticus* qui, dans les écrits de cette même école méridionale, reçoit tour à tour les acceptions d'avocat et de *tenens scholas*.

Observons déjà que cette émergence du monde savant paraît se dessiner dans des conditions très voisines de celles que l'on rencontre dans la Catalogne voisine: le *derecho culto* s'y suit également à la trace des chanoines rufiens, et les premiers signes matériels de ce droit y sont presque contemporains. En Catalogne c'est, au tournant du milieu du siècle, l'irruption d'articles tirés du Livre de Tubingue —une production rhodanienne— au sein des *Usatges* de Barcelone; à Montpellier, c'est, quelques années plus tôt, l'apparition de la majorité de vingt-cinq ans, des substitutions, de la *donatio propter nuptias* justinienne dans la diplomatie des Guilhem, seigneurs de la ville. L'analogie est si poussée qu'il y a doute, entre Catalogne et Languedoc, quant à la patrie d'où provient la version seconde de la *collectio Caesuraugustana*, une version de cette collection canonique où figurent des extraits des *Exceptiones Petri*.

A une date inconnue, mais qui ne doit guère s'éloigner de 1162 ou des années suivantes, un juriste italien originaire de Plaisance, et dont il tire son surnom de Placentin, vient s'installer à Montpellier; il y rédigera ses oeuvres maîtresses au cours de deux longs séjours, dont le second sera interrompu par une mort survenue en février 1192.

Ce qui a attiré Placentin à Montpellier reste malaisé à expliquer. La tradition en fait un réfugié politique, abandonnant sa patrie à cause de positions idéologiques anti-impériales; cette tradition justifie certes son départ, mais non le choix de Montpellier, sinon à raison de la relative proximité de cette ville avec Ar-

les, elle-même à éviter, car en terre d'Empire. Il est bien certain en effet, que le juriste y a repris l'auditoire de Rogerius, qui venait de mourir; peut-être a-t-il été attiré par des collègues, puisque nous savons depuis peu que maître Géraud, un provençal auteur de la première des sommes au Code de Justinien et d'un traité sur la nature des actions, s'y est établi vers la même époque.

Mais ce milieu savant va aussi s'enrichir d'un autre juriste qui ouvre la grande tradition catalane des Montpelliérains: ce juriste se nomme Pierre de Cardona et appartient à l'illustre famille, alors vicomtale, de ce nom. Peut-être s'est-il formé en Provence, où on le rencontre dans les années antérieures? En tout cas, il est à Montpellier en 1180, et les honneurs qui lui sont rendus —notamment le qualificatif de *dominus*, encore rare chez les juristes— en font plus un professeur qu'un étudiant. Autre signe remarquable: comme sans doute Placentin, il sait le grec, et restera pour les glossateurs postérieurs le traducteur d'une constitution de Zénon au Code. Rappelons seulement que rarissimes sont les glossateurs des premières générations à connaître cette langue. Pierre ne restera pas longtemps à Montpellier, il est vrai: dès l'année suivante, il est fait cardinal au titre de Saint Laurent *in Damaso*. Lucius III tirera parti de ses qualités de juriste: nous savons par exemple qu'il l'a chargé de trancher un litige, relatif aux églises de San Celoni, de Sabadell et de la Garriga, entre l'évêque de Barcelone et l'abbé de l'Estany.

Au cours des décennies qui suivent la mort de Placentin, il n'y a aucune trace certaine d'enseignement juridique à Montpellier: si un maître Gui, personnage important de l'entourage seigneurial, survit au glossateur, et si l'ancien professeur de Bologne Bernard Dorna y séjourne plus tard, ces indices sont trop faibles pour assurer une continuité.

D'un véritable groupe de maîtres, il n'est question qu'à partir des années soixante du treizième siècle: ce groupe est manifestement composé de Méridionaux formés à Bologne, et il se limite d'abord à quelques civilistes que des canonistes rejoindront une vingtaine d'années plus tard.

Cette fois, nous sommes en présence d'un essor de type véritablement universitaire. Après une tentative de réglementation qui n'a pas laissé de traces —peut-être parce qu'elle était d'initiative professorale— après aussi un conflit entre Jacques d'Ara-

gon et l'évêque de Maguelone au sujet de la nomination des professeurs (1268), la papauté intervient: une bulle de 1289 érige les enseignements existants en une Université qui, comme partout ailleurs, est censée regrouper l'ensemble de ceux-ci; en fait, les médecins s'en tiendront à l'écart, de sorte que vont coexister deux Universités, l'une qui les regroupe seuls, l'autre qui, qualifiée d'*Universitas magistrorum et scholarium* a vocation à rassembler l'ensemble des autres disciplines. Nettement majoritaires face aux artistes dont la Faculté se trouve parfois réduite à une apparence, face aussi aux théologiens, dotés seulement en 1421 d'une Faculté propre, les juristes vont pratiquement monopoliser la direction de cet organisme.

Les deux droits, il est vrai connaissent un rapide essor: une liste datée de 1292 nous fournit les noms de quinze professeurs et certains d'entre eux accompliront de brillantes carrières, soit dans l'Eglise, comme Bérenger Frédol, soit au service du roi de France, comme Guillaume de Nogaret, Guillaume de Plaisians ou Pons d'Aumelas, soit à celui du roi d'Aragon, tel Jacques de Bernis, ou encore de Majorque, comme Brémond de Montferrier. C'est aussi le temps où sont délivrés les premiers doctorats.

L'apogée de l'institution se situe sans aucun doute au quatorzième siècle. Les juristes s'y gouvernent en application de statuts octroyés en 1339 par le cardinal Bertrand de Deaux, ancien professeur, sur le modèle bolonais: le recteur est élu pour un an parmi les étudiants âgés de vingt-cinq ans au moins —ce sont en fait des licenciés aspirant au doctorat—, en fonction d'un tour de rôle qui fait passer alternativement la fonction entre les mains des ressortissants des trois nations, à savoir celles des Catalans, des Bourguignons et des Provençaux. Un étudiant montpelliérain et un chanoine de Maguelone font partie du conseil aux côtés de trois représentants de chaque nation, mais ils ne sont pas éligibles au rectorat.

De toute évidence, la nation catalane est mieux représentée. Nous disposons sur ce point d'un certain nombre d'informations chiffrées, et notamment des listes de suppliques adressées à la chancellerie pontificale afin d'obtenir des bénéfices pour les étudiants.

Dans le *rotulus* de suppliques de l'année 1362, les étudiants ibériques —regroupés dans cette nation catalane— représentent

plus du quart du total. Surtout, les suppliques adressées en 1379, et dont le caractère exhaustif paraît probable, énumèrent 379 juristes, dont le diocèse d'origine est connu dans 368 cas; on y relève exactement quatrevingt douze étudiants ibériques, soit 25 %. Il s'agit là d'un pourcentage exceptionnel pour une Université française: Toulouse, où pourtant nombreux sont les Aragonais, ne l'atteint pas, et Avignon y parvient une fois en 1393, mais d'après une liste suspecte de compter beaucoup de requérants déjà partis du *studium*.

Il faut préciser que, parmi les provenances de ces étudiants issus des pays ibériques, la variété règne certes —on y trouve des Portugais et des Tolédans par exemple— mais que certaines régions dominant: d'après nos calculs, les diocèses d'Elne, Gérone, Vich, Barcelone, Majorque et Valence fournissent à eux seuls les deux tiers des effectifs. Même majorité chez les enseignants: seize *actu legentes* ibériques exercent en 1379, et sur ce nombre il faut compter onze Catalans, trois Valenciens, un Majorquin et un Portugais.

La prépondérance catalane —qui n'avait pas son équivalent à Toulouse ou Avignon— s'inscrit rapidement dans les faits, et plus précisément dans les mécanismes universitaires. Dès la première élection rectorale consécutive aux statuts, soit en 1340, les trois conseillers de la nation sont répartis à raison de deux pour les *domini catalani*, à savoir *P. Plana*, du diocèse de Barcelone, et *Guillelmus Arnaudi Pitavi*, d'un diocèse différent mais non précisé, et d'un pour la province d'*Yspania*, à savoir *Martinus Ferrandi*. L'usage de réserver deux des trois sièges de conseillers à de véritables catalans devait d'ailleurs devenir la règle à la faveur de statuts additionnels octroyés en 1351.

Cette répartition n'en reste pas moins source de conflits: en 1384, les pièces d'un litige interne à l'Université font état des protestations d'étudiants à l'encontre de la domination exercée par les *scholares* originaires du diocèse de Gérone, qui arrivent en année moyenne à raison de dix à douze, tandis que les royaumes de Valence et d'Aragon envoient communément de trente à trente-cinq étudiants: contre les prétentions des premiers, le cardinal Anglic Grimoard rappelle que les statuts ne leur réservent nullement des sièges de conseillers.

A cette affluence d'élèves s'ajoute la participation des maîtres,

parmi lesquels les Catalans sont nombreux. Là le recensement se révèle délicat: les suppliques sont incomplètes, ne serait-ce qu'en raison de l'absence des laïcs —et, comme l'observe M. Coing, ils son particulièrement nombreux à Montpellier—, les minutiers notariaux restent partiellement dépouillés et d'ailleurs lacunaires, et les sources proprement universitaires font le plus souvent cruellement défaut. Une exception toutefois: un petit registre de collations de doctorat a été sauvé pour les années 1341 à 1343, et il nous livre les noms de dix professeurs d'origine ibérique. On trouvera d'ailleurs, à la fin de ces pages, une liste par laquelle nous avons tenté de recenser les docteurs montpelliérains de cette provenance jusqu'en 1400; il s'y vérifie que Catalans proprement dits, Majorquins et Valenciens prédominent.

La fin du siècle voit en effet le déclin brutal de ce recrutement: le phénomène n'est du reste nullement limité aux étudiants espagnols et portugais, ni même, comme nous croyons l'avoir prouvé ailleurs, particulier à l'Université montpelliéraine. On a longtemps cru que la cause en était le développement du *studium* de Perpignan; mais celui-ci n'a connu qu'un essor limité, et de toute manière son recrutement est resté très régional, puisqu'il n'a pratiquement jamais dépassé les limites des diocèses d'Elne et de Gérone. On n'y fait d'ailleurs guère que du droit canonique, alors que les Roussillonnais sont souvent civilistes à Montpellier.

Un tel déclin s'explique déjà mieux par l'essor des Universités péninsulaires, dont toutes, ou presque, connaissent alors un accroissement sensible dans leurs effectifs. Mais les causes majeures du recul commun à Montpellier, Avignon et Toulouse tiennent aux querelles qui marquent la fin du Grand Schisme et à la tendance, commune à toute l'Europe occidentale, à la nationalisation, voire à la régionalisation des recrutements universitaires, tendance d'ailleurs facilitée par la création de nouveaux *studia*. La fin de la Papauté avignonnaise se traduit par une censure dans l'histoire universitaire dont Montpellier est, avec ses voisines, l'une des grandes perdantes: la bigarrure des clientèles y disparaît à tout jamais.

Rien d'étonnant, par conséquent, à ce que les *rotuli* de l'époque traduisent en chiffres cette chute. La liste de suppliques de l'année 1393, qui ne comporte plus d'ailleurs que 149 noms —mais les Languedociens y sont, pour une raison mal définie, presque ou-

bliés— ne fait plus figurer que 18 % d'étudiants ibériques; et, en 1403, le *rotulus* inédit mentionne trois étudiants de la péninsule sur un total de 96.

Les documents des temps ultérieurs ne laissent plus apparaître qu'un nombre infime de leurs concitoyens. Parmi les plus notables, mentionnons le bachelier Narcisse de Calabuig, *alias* de Villabertran, conseiller de l'Univerté en 1431, le catalan Jacques d'Ubac et l'aragonais Jean Cit, professeurs ès-lois, l'un autour de 1443, l'autre à partir de 1487. Montpellier semble d'ailleurs avoir un peu mieux survécu dans l'esprit des civilistes que dans celui des canonistes d'origine ibérique; à moins que les Universités espagnoles n'aient mieux regroupé les seconds que les premiers. Au siècle précédent, en tout cas, les effectifs d'étudiants de la péninsule adonnés au droit canon l'emportaient largement, et dans toutes les Universités de la France méridionale, sur ceux de leurs compatriotes voués à l'étude des *leges*: selon nos calculs, la proportion des uns aux autres s'élève au taux d'environ trois pour un.

La liste jointe à ces lignes autorise à ce sujet une remarque intéressante. Parmi les gradués qui la composent, on peut relever, chez les catalans, 17 civilistes contre 16 décrétistes; chez les représentants des autres parties de la péninsule, ces deux catégories sont respectivement représentées par 7 et 14 personnages. Autrement dit, les Catalans sont deux fois plus souvent civilistes que les autres gradués d'origine ibérique: l'observation est utile dans la mesure où elle ouvre des perspectives dans un des domaines les plus mal connus de l'histoire universitaire, à savoir le recrutement social des étudiants. En effet, comme nous avons tenté de le montrer ailleurs, les civilistes proviennent, non seulement de régions bien déterminées, mais, en règle générale, de milieux plus fortunés que les canonistes. Il y aurait donc ici un indice qui plaiderait en faveur d'une plus grande aisance dans les familles de gradués catalans, que dans celles de leurs voisins. Restons cependant prudents: une urbanisation plus poussée de la clientèle catalane pourrait aussi expliquer le phénomène.

A la fin du quinzième siècle, les effectifs des uns comme des autres tombent à un niveau si faible que ce type de calcul perd tout intérêt. On en arrive par exemple à élire, à l'un des trois sièges réservés à la nation catalane, un ressortissant du diocèse de Nîmes; l'évêque de Maguelone, il est vrai, casse en 1490 une telle

élection, qui amène d'ailleurs un montpelliérain à siéger parmi les Bourguignons...

Reste à dire quelques mots de la production scientifique des maîtres de même origine. En ce domaine, l'état des connaissances impose une grande prudence: même après les recherches d'Edouard Meijers et de Domenico Maffei, trop de manuscrits demeurent inexplorés. L'un et l'autre de ces critiques restent d'ailleurs incertains sur le caractère montpelliérain de gloses qui se mêlent souvent, dans les même manuscrits, à la production des docteurs toulousains: ainsi de celles qui portent les noms de Bertrand de Requesen ou *d'Odynus* de Valence. On a plus de certitude avec le civiliste François Rome et surtout avec le canoniste Bertrand *Raimundi*, qu'a étudié A. García y García. Il faut enfin réserver une place au célèbre Pierre de Luna, futur Benoît XIII, dont les travaux on été recensés, et, pour une raison différente, à Guillaume de Vallseca, l'auteur catalan bien connu qui, malgré des homonymes, paraît bien s'identifier au bachelier ès-lois qui «lit» à Montpellier en 1362. Une prosopographie familiale permettrait aussi d'identifier exactement ce Gilles Sánchez Muñoz que l'on voit enseigner en 1365.

A d'autres égards encore, le lien entre le *studium generale* de Montpellier et les Espagnols, et surtout les Catalans, rencontre vérification. Le canoniste Jesselin de Cassagnes se voit ainsi proposer par Jacques II, en 1311 d'enseigner à Lérida. Tel manuscrit parisien, à la Bibliothèque Nationale, contient un recueil de *casus* d'origine indéniablement montpelliéraine, dont certains sont exposés à partir d'exemples catalans. Et l'on dirait volontiers des cardinaux d'origine hispanique, au temps du Grand Schisme, que leur adhésion au parti que forment ces Français s'est trouvée facilitée par les souvenirs tirés de formations communes, notamment à Toulouse et à Montpellier.

En définitive, l'afflux hispanique —pour employer encore cet anachronisme— dans les Universités de la France méridionale symbolise à merveille, par son importance numérique ou qualitative comme par les limites chronologiques qu'il a connues, le caractère international de ces établissements. Passée la fin du quatorzième siècle, et fondus ces effectifs, l'Université des maîtres et des étudiants de Montpellier va vivoter au profit d'une clientèle avant tout régionale; plus favorisés, parce que soumis à

une concurrence bien moins vive sur la carte universitaire européenne, les médecins maintiendront un recrutement international que décuplera un humanisme passablement hésitant chez les juristes.

ANDRÉ GOURON

ANNEXE ¹

Docteurs, *actu legentes* et recteurs d'origine ibérique à l'Université des droits de Montpellier (1300-1400)

BERNARDUS ALANYANI, licencié ès lois, recteur, valencien (1348)

NICOLAUS DE ALMENARIO, bachelier en décret, *actu legens*, valencien (1377).

PETRUS BENEDICTI, docteur en décret, catalan (1342).

JOHANNES DE CABRESPINA, docteur en décret, catalan (1353).

PETRUS DE CALMO, *approbatus* ès lois, *actu legens*, catalan (1362).

RAYMUNDUS CANYOTI, bachelier ès lois, *actu legens*, catalan (1362).

JOHANNES DE CAPRELIIS, docteur en décret, catalan (1342).

GUILLELMUS CARBONELLI, bachelier en décret, *actu legens*, valencien (1378).

BERNARDUS CASALA, bachelier en décret, *actu legens*, catalan (1377).

RAYMUNDUS DE CASTELLANO, licencié en décret, recteur, catalan (1378).

BARTHOLOMEUS CASAVACES, docteur en décret, catalan (1353).

GUILLELMUS DE COLUMBARIO, docteur en décret, catalan (1339).

PETRUS CORDONETI, bachelier en décret, *actu legens*, catalan (1379).

GUILLELMUS DOMENGE, bachelier ès lois, *actu legens*, catalan (1379)

JOHANNES DE DONS, bachelier ès lois, *actu legens*, catalan (1379).

JOHANNES DURANDI, bachelier en décret, *actu legens*, portugais (1379).

HUGO DE FENOLHETO, docteur ès lois, catalan (1341)

JOHANNES FERNANDI, docteur ès lois, catalan (?) (1396).

JOHANNES FUINCHI, bachelier ès lois, *actu legens*, catalan (1379).

BERNARDUS GIRBERTI, licencié en décret, *actu legens*, catalan (1379)

MARTINUS DE MUESCA, bachelier en décret, *actu legens*, aragonais (1393)

MICHAEL JUST, bachelier ès lois, *actu legens*, valencien (?) (*circa* 1376)

ARNALDUS DE LEDRA, docteur ès lois, catalan (1342).

PETRUS DE LUNA, docteur en décret, aragonais (*circa* 1370).

PETRUS DE LUNA (*nobilis*), étudiant en droit canonique, recteur, aragonais (1393).

LUDOVICUS MARTORELLI, bachelier en décret, *actu legens*, valencien (1379)

¹ Pour ne pas surcharger ce tableau, les références aux sources ont été écartées, le millésime figurante en regard de chaque nom désigne la première des années où exerce l'intéressé

- STEPHANUS MICHAELIS, docteur en décret, portugais (avant 1343).
 MICHAEL MOLSOS, docteur en décret, de Carthagène (1396).
 FRANCISCUS DE MONTEOLIVO, recteur, catalan (1342).
 HUGO OLIVA, bachelier en décret, *actu legens*, catalan (1393).
 BERNARDUS OLIBE, docteur ès lois, catalan (1341).
 RAYMUNDUS PERIS, bachelier en décret, *actu legens*, catalan (*circa* 1377).
 BERNARDUS RAIMUNDI, docteur en décret, majorquin (1302).
 BERTRANDUS DE REQUESEN, docteur ès lois, catalan (*circa* 1330)².
 PETRUS RIERA, docteur en décret, valencien (1370).
 PETRUS RODERICI, bachelier en décret, resteur, archidiacre d'Ubeda (1391).
 JOHANNES ROTUNDI, bachelier en décret, *actu legens*, catalan (1393).
 FRANCISCUS ROME, docteur ès lois, catalan (1341)
 EGIDIUS DE SACRA, docteur ès lois, valencien (1353).
 FRANCISCUS SALA, bachelier en décret, *actu legens*, catalan (1362).
 EGIDIUS SANCII MUNIONIS, docteur ès lois, catalan (1365).
 JOHANNES SANCII DE CARRION, docteur en décret (1342).
 BERNARDUS DE SANCTO AMANTIO, bachelier ès lois, *actu legens*, catalan (1379).
 RAYMUNDUS DE SANCTO DIONYSIO, bachelier ès lois, *actu legens*, catalan (1357).
 GUILLELMUS DE SANCTO MARTINO, docteur ès lois, catalan (1394).
 FRANCISCUS SERRA, bachelier ès lois, *actu legens*, catalan (1376).
 PETRUS SERRA, licencié en décret, *actu legens*, valencien (1379).
 JOHANNES SERRANI, bachelier ès lois, *actu legens*, tolédan (1393).
 NICOLAUS SPANYOLI, bachelier en décret, *actu legens*, majorquin (1374).
 PETRUS SQUILLATI, docteur en décret, catalan (1341)
 ARNALDUS TERRENI, recteur, catalan (1340).
 BERNARDUS TERRENI, bachelier en décret, *actu legens*, catalan (1362).
 ODYNUS DE VALENCIA, docteur ès lois (?) (*circa* 1328)².
 GUILLELMUS VALESSI, bachelier en décret, *actu legens*, catalan (1379).
 GUILLELMUS DE VALLESICA, bachelier ès lois, *actu legens*, catalan (1362).
 STEPHANUS VINCENCII, docteur ès lois, portugais (1342).
 JOHANNES YNAMES, (sic.), bachelier en décret et ès arts, *actu legens*, aragonais (1393)

² Personnages identifiés par E. M. Meijers, mais qui n'apparaissent pas dans les sources locales

IV

«LA EVOLUCION HISTORICA DE LA SUSPENSION DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN VIA CONTENCIOSA EN EL DERECHO ESPAÑOL» *

SUMARIO

1. Introducción.—2. Ejecutividad y suspensión en la Baja Edad Media y en el Antiguo Régimen.—3. Incidencia de la Constitución de 1812.—4. Suspensión y ejecutividad en la Legislación Contencioso Administrativa de 1845-1853.—5. Reforzamiento de la ejecutividad del acto administrativo: el Decreto de 21 de mayo de 1853.—6. El Artículo 3 del Real Decreto Orgánico de 4 de julio de 1861: primera regulación positiva de la institución.—7. El artículo 84 del Reglamento del Ministerio de la Gobernación de 1870 y el artículo 54 del Reglamento del Ministerio de Hacienda de 1871.—8. El Congreso Jurídico Español de 1886.—9. La suspensión en la Ley de 13 de septiembre de 1888 y en su Reglamento de 1890: A. La suspensión del acto administrativo en el proceso de elaboración de la Ley SANTAMARIA DE PAREDES. B. La suspensión en la Ley de 13 de septiembre de 1888 y en el reglamento de 1890.—10. 1894-1956: aproximaciones a la regulación actual.

* Este trabajo tiene su origen en el Capítulo II de la tesis doctoral del autor sobre «La suspensión del acto administrativo en vía contenciosa», defendida el 17 de marzo de 1986 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela.

ABREVIATURAS

- a auto.
C..... Resolución del Consejo Real.
Col. Leg.. Colección Legislativa.
LJCA Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
LPA Ley de Procedimiento Administrativo.
LRJAE Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.
LRL Ley de Régimen Local (1955).
RAP..... Revista de Administración Pública.
REDA Revista Española de Derecho Administrativo.
REVL..... Revista de Estudios de la Vida Local.
s sentencia.
TS Tribunal Supremo.

LA EVOLUCION HISTORICA DE LA SUSPENSION DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN VIA CONTENCIOSA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente estamos asistiendo a una lenta y progresiva quiebra de las prerrogativas que tradicionalmente han acompañado a la Administración en sus relaciones con los particulares. Uno de los pilares sobre los que descansa la construcción del Derecho Administrativo que emerge de la Revolución Francesa, es el principio de «Decisión Ejecutoria», que trae consigo el carácter no suspensivo de la interposición de los recursos, tanto administrativos como contenciosos.

Es sorprendente que no haya sido puesta de manifiesto todavía la profunda evolución que el régimen de la suspensión de los actos administrativos ha sufrido en nuestro Derecho ¹, cuando se trata, en verdad, de una cuestión íntimamente relacionada con las técnicas de defensa de los particulares frente a la acción de la Administración.

Verdaderamente es difícil fijar el punto de partida de la irrupción histórica de esta institución, aunque, eso sí, puede encontrarse algunos antecedentes en el Antiguo Régimen ². En pleno siglo XIX es interesante, en esta materia, constatar la influencia de la Constitución de 1812, de las leyes de 2 de abril y 6 de septiembre de 1846, el profundo impacto del Real Decreto de 21 de mayo de 1853, la primera regulación del Real Decreto Orgánico de 4 de

¹ Cfr. SANTAMARIA PASTOR «*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*», Madrid, 1972, pág. 416

² Así, según CABALLERO y MONTES, «*Lo contencioso administrativo*» I, Madrid, 1902, pág. 13, «aunque en el Antiguo Régimen no existía un sistema contencioso administrativo, tal y como actualmente se le conoce, con su esfera de acción propia () aparece en el siglo XIX, por más que en los anteriores tiempos no deje de hablarse de indicaciones y antecedentes de su imperfecta existencia»

julio de 1861, el proceso de formación de la ley SANTAMARIA DE PAREDES, el trascendental Congreso Jurídico Español de 1886, la ley de 13 de septiembre de 1888 y, en fin, la ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956³.

A lo largo del examen de la evolución histórica de la institución es interesante fijar la atención en las conclusiones del Congreso Jurídico Español de 1886 en el que admirablemente se plantearon toda una serie de cuestiones sobre la suspensión que se sitúan en el mismo plano que el debate actual acerca del sentido de la ejecutividad del acto y la funcionalidad de la suspensión en el Estado social de Derecho^{3 bis}.

Tampoco puede olvidarse que en nuestro Derecho, al igual que en el resto de los países de raíz latina, la regla general es la ejecutividad. En este sentido se pretende en este trabajo comentar

³ El primer reconocimiento legislativo del carácter no suspensivo de la interposición del recurso contencioso aparece en Francia en el artículo 3 del Decreto de 22 de julio de 1806. Según este precepto, la regla general era la no suspensión mientras que, excepcionalmente, el Conseil d'Etat francés podía conceder la suspensión «Los recursos deducidos ante el Consejo de Estado no tienen efecto suspensivo, salvo que excepcionalmente así se ordene por la sección de lo Contencioso o por la Asamblea Plenaria». Este criterio, más tarde, aparecería en las leyes de 24 de mayo de 1872 y de 18 de diciembre de 1940, así como en el artículo 48 de la Ordenanza de 31 de julio de 1945. En Italia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la ley de 31 de marzo de 1889, se dispone también que el recurso en vía contenciosa no tiene efecto suspensivo. Más tarde este principio se recoge en el artículo 12 del Decreto de 2 de junio de 1889, en el artículo 36 del Real Decreto de 30 de diciembre de 1913, artículo 29 de la ley de 26 de junio de 1924 (que reproduce exactamente el artículo 33 del Real Decreto de 2 de junio de 1889).

^{3 bis} En este sentido, ROMERO MORENO, «Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XX», Madrid, 1983, págs. 368 y ss. «Resulta desolador aquí, como en otros tantos puntos de este trabajo, que cuestiones absolutamente incompatibles con las reglas de la justicialidad de los particulares, hayan sido denunciadas hace casi cien años, y todavía constituyan caballos de batalla de "lege ferenda" en nuestros días. Y lo que es más duro, que soluciones apuntadas entonces, aún no se hayan incorporado con plenitud a nuestro ordenamiento, a pesar de su indudable racionalidad y justicia. La Legislación contenciosa del siglo XIX, hasta la Ley de 1888, silenciaba por completo este extremo, y la práctica había demostrado la irreparabilidad de determinadas medidas administrativas (). La posición de la común mentalidad jurídica española se manifiesta de forma muy clara en la resolución que en 1886 adopta el Congreso Jurídico...».

algunas cuestiones acerca del origen de la ejecutividad en nuestro Derecho y estudiar el itinerario que ha seguido la suspensión, desde su nacimiento, hasta ya bien entrado el siglo XX.

2. «EJECUTIVIDAD Y SUSPENSIÓN» EN LA BAJA EDAD MEDIA Y EN EL ANTIGUO RÉGIMEN:

El origen histórico de la suspensión en vía de recurso se puede contemplar desde varios puntos de vista. En primer lugar, intentando demostrar que el principio lo hemos heredado del Derecho Francés, sin más planteamientos o, en segundo lugar, analizando nuestra peculiar Historia del Derecho desde el análisis de las posibles analogías y semejanzas que se puedan derivar de las instituciones de nuestro Derecho histórico. En la primera posición se encuentran todos los estudios sobre las bases históricas del Derecho Público español que utilizan, desconociendo la realidad histórico jurídica española, esquemas y conceptualismos extranjeros sin preguntarse si ha habido otros en nuestro país⁴. Por el contrario, la segunda perspectiva se centra en la búsqueda, a través del estudio de las fuentes de nuestro Derecho Público, del nacimiento del carácter no suspensivo de la interposición del recurso contencioso administrativo. Desde esta segunda vía, y salvando las diferencias que existen entre el concepto del acto administrativo y acto de Gobierno, la Baja Edad Media parece convertirse en una primera instancia en donde aparece la suspensión del acto en vía de recurso en una formulación realmente arcaica⁵.

Durante esta fase histórica, el rey aparece como la figura del reino, el centro de toda potestad de gobierno. Poco a poco el monarca fue considerado como administrador que debe obrar con sujeción al Derecho, introduciéndose la posibilidad de impugnar

⁴ Vid GALLEGO ANABITARTE «*Administración y jueces gubernativo y contencioso*», Madrid, 1971, pag 27

⁵ Cfr VILLAPALOS SALAS «*Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media*», Madrid, 1976, págs 191 y ss. De todas formas, insisto, no cabe equiparación alguna entre acto administrativo en sentido moderno y acto de gobierno en la Baja Edad Media. Ahora bien, sí que puede aportar alguna luz al juego de la suspensión en esta época de la historia

sus actos escritos que lesionen un derecho o un interés del súbdito⁶.

El monarca estaba rodeado de una serie de oficiales que le ayudaban a desarrollar la función de Gobierno y contra los cuales se podían interponer los recursos ordinarios de querrela o alzada, mientras que frente al rey sólo era posible acudir al recurso extraordinario de suplicación⁷.

Es frecuente la configuración del rey —en esta época histórica— como juez y conservador del derecho más que como legislador, por lo que precisamente él era el primer obligado a observar las leyes. En este sentido puede comprenderse la obligación del monarca de no dar disposiciones, privilegios o cartas que sean contra Derecho, obligación que presupone la sanción de nulidad de las cartas desaforadas⁸. Pues bien, en las Cortes de Valladolid de 1923 se prevé el efecto suspensivo de la ejecución de dichas cartas, al establecer que se remitan al rey y no se apliquen en tanto no se provea sobre las mismas.

Con la suspensión, pues, se «pretende evitar la ejecutividad de un acto escrito que reuniera estos dos requisitos: ser contrario a Derecho —en cuanto que vulnera una norma de mayor fuerza o vigor o lesionara la titularidad de un súbdito— y que causara, de aceptarse el acto, un mal irreparable y cierto»⁹.

A partir de las prerrogativas que entonces ostentaba el rey, parece que la utilización de la suspensión de los actos escritos según el régimen examinado podría suponer un elemento distorsionador en la formación del dogma de la ejecutividad de los actos: en este sentido hay que subrayar que aún sin configurar el sistema de garantías y de control de la legalidad de la Administración, la suspensión del acto se articula como el remedio más efi-

⁶ Vid. Leyes Nuevas, Ley 29, citada por VILLAPALOS SALAS, «*Los recursos.* », *op cit.*, pág 18

⁷ Cfr VILLAPALOS SALAS «*Los recursos* », *op cit* , pág 19

⁸ Según VILLAPALOS SALAS, «*Los recursos .*», *op. cit* , pág 84 «carta desaforada es todo escrito del rey que atenta contra el Derecho () ya sea en relación con una situación individual, como si se trata de una disposición de carácter general y sea cual sea el objeto de la misma».

⁹ Vid VILLAPALOS SALAS, «*Los recursos* », *op. cit* , pág. 194, y GARCÍA GALLO, «*Problemas metodológicos de la historia del Derecho indiano*», en el Volumen de Estudios del Derecho Indiano, Madrid, 1972, págs 100-103

caz en la lucha contra los actos de gobierno que conculcan el ordenamiento vigente ¹⁰.

En las Cortes de Valladolid de 1293 se da un importante paso, ya que se dispuso que si se consideraba inexcusable la aplicación de una carta, y de ella se derivase agravio para los súbditos, éstos podían reenviarla al rey para que resolviera sobre ello, suspendiéndose mientras tanto la ejecución y sus efectos. En las Cortes de Valladolid de 1293 se extiende la suspensión a toda carta en blanco debido a la incertidumbre peligrosa que se podría producir. En 1301 se establecerá una regla que ya no será abandonada: el oficial del lugar donde se reciba la carta tiene la misión de determinar la suspensión de aquélla y su devolución a la corte ¹¹.

El sistema se va generalizando hasta el punto de que la regla general era la suspensión de las cartas lesivas y la excepción de la ejecución de dichas cartas aún cuando se solicitase la decisión del rey. De todas formas este sistema se mantiene hasta el siglo XV, momento en el que empieza a ser frecuente la práctica de excepcionar actos determinados del mecanismo de suspensión. La suspensión se producía ante la concurrencia de dos requisitos:

¹⁰ Todos estos planteamientos se encuentran ya dibujados en el siglo XIII. En concreto al final del reinado del Alfonso XI se producían algunos supuestos de dos o más cartas contradictorias sobre un mismo asunto. En tales circunstancias lo que ocurría era bien sencillo: se suspendía la aplicación de todas las cartas mientras la Corte examinaba la legalidad de ambas. También apareció por entonces otro fenómeno que incidió en la formación de la suspensión del acto: la aparición de cartas que resultaban lesivas para los derechos o intereses de un particular. En este caso, parece que la costumbre era la inobservancia de la carta siempre que el rey no pudiese imponer y controlar su aplicación. Pero la situación se complica si se contempla el rígido sistema de penas con que se castigaba el incumplimiento de las cartas. (Un estudio más detallado de esta situación pueden encontrarse en VILLAPALOS SALAS, «*Los recursos.*», *op. cit.*, págs. 193 y ss.)

¹¹ Para ello se había de redactar un pequeño memorial exponiendo las razones de la suspensión acompañando al traslado de la carta. En este sentido la petición 39 de las Cortes de Valladolid de 1451 estableció sobre las provisiones que el rey daba para el repartimiento de las rentas, que «es mi merced y mando que se guarden las cartas que yo sobre esto he dado, e contra el tenor e forma dellas non vayan nin pasen, pero si algunas partes algunas cosas quisiesen dezir contra ello, parescan ante mi porque yo los mande oyr e facer complimento de justicia, o en tanto todavía es mi merced mando que se guarden las dichas cartas».

existencia de un acto escrito contrario a Derecho y que la ejecución causara un daño real al particular.

El procedimiento de suspensión era bien sencillo: la primera fase es la que hace referencia a la recepción de la carta por el interesado, a la que seguía el pronunciamiento sobre la misma: si se aceptaba no ocurría nada, pero si concurrían los dos requisitos examinados anteriormente, se suspendía por orden de la autoridad a quien se dirigía la carta para su cumplimiento. La fórmula de la suspensión era la de la expresión «se obedece pero no se cumple»¹². El no cumplimiento de las cartas tenía un doble efecto: suspensivo, ya que el acto se suspendía hasta que el rey se pronunciase y, por otro lado, devolutivo, pues se remitía a la Corte para su revisión, que era realizada por los oficiales de la Corte¹³.

La resolución sobre la suspensión, en última instancia, correspondía al rey, el cual podía confirmar la validez de la carta ordenando que se cumpliera, considerar oportuna la suspensión dejándola sin efecto, o establecer el sobreseimiento de las cartas.

Evidentemente, el sistema de suspensión de las cartas que se ha dibujado es notablemente distinto del régimen de la suspensión del acto administrativo. A pesar de ello, el sentido de la suspensión como institución de protección de los particulares ante las manifestaciones del poder que invade el derecho, constituye un elemento válido de análisis.

A partir ya del siglo XV «y de una forma ininterrumpida hasta nuestros días, en España los actos de la Administración (...) tiene fuerza ejecutiva»¹⁴. Empieza ya a construirse entonces, de for-

¹² Fórmula que data de las Cortes de Toro de 1371 (petición 11), tal y como recoge VILLAPALOS SALAS, «*Los recursos*», *op. cit.*, nota 489.

¹³ Los oficiales examinaban las cartas y se las mostraban al soberano para que resolviese sobre ellas. También ellos eran los encargados de resolver, en su caso, quién era el oficial responsable de su expedición, para determinar la correspondencia responsabilidad pecuniaria. Si la carta estuviera de acuerdo con el Derecho y el afectado hubiera sufrido algún perjuicio porque la autoridad decidió suspenderla, debía dicha autoridad, normalmente era el alcalde u oficial del lugar, pagar el perjuicio económico que sufrió con el duplo.

¹⁴ El *iussum* del rey Juan II en 1433 establecía que «mandamos que lo que fuera acordado por el concejo y regimiento de cualquier lugar, villa o ciudad que valga y sea firme, y si algunos contradijesen lo que así fuese acordado y ordenado por nuestro consejo, que los nuestros justicias lo oyan y fagan sobre ello lo que

ma inequívoca, el dogma de la ejecutoriedad o ejecutividad de los actos administrativos que, durante el Antiguo Régimen seguirá vigente ¹⁵.

Un ejemplo claro nos lo ofrece el régimen de pósitos y propios. Para los pósitos, en virtud de la Instrucción de 13 de octubre de 1749, se prescribía que era misión de los Intendentes-Corregidores «cuidar con particular atención de los pósitos, su conservación y aumento», debiendo, «tomar cada año cuentas y cobrar los efectos y alcances que resultaron de las dichas cuentas, sin embargo de apelación». Idéntica situación se establecía en materia de propios ¹⁶.

3. INCIDENCIA DE LA CONSTITUCION DE 1812

La situación anterior a la Constitución de Cádiz puede resumirse diciendo que «la acción de las autoridades se expresaba gubernativamente y con fuerza ejecutiva, “sin embargo de apelación” en formulación del iussum de Juan II de 1433; las reclamaciones-recursos contra los acuerdos sobre materias político-económico-gubernativas-administrativas se resolvían en vía ejecuti-

fuere de Derecho» (Citado por GALLEGO ANABITARTE, «*Administracion y jueces gubernativo y contencioso*», Madrid, 1971, pág 66)

¹⁵ En este sentido, dice GALLEGO ANABITARTE que «los acuerdos de los regidores deberán ser ejecutados por corregidor o alcalde, sin embargo de apelación o contradicción que se impongan () La revocación de los acuerdos del Ayuntamiento puede hacerse con causa justa, necesaria y concurriendo los que poseyeron, aunque haya perjuicios de terceros» De estas líneas de GALLEGO ANABITARTE pueden deducirse dos ideas fundamentales. Primero, que los acuerdos del Ayuntamiento tenían carácter ejecutivo y las impugnaciones sobre ellos no suspenden su ejecución, y en segundo lugar, que si había revocación de los actos o acuerdos siempre que se den los requisitos establecidos, es evidente que ateniéndonos a la regla de que «quien puede lo más, puede lo menos», también podrían ser suspendidos, aunque, eso sí, excepcionalmente. Al respecto sobre la ejecutividad vid también, GALLEGO ANABITARTE, «*El Derecho de Aguas en la Historia y ante el Derecho Comparado*», (en prensa), que dedica un epígrafe al tema, titulado «Significado jurídico y político de la jurisdicción contencioso administrativa: la ejecutividad del acuerdo administrativo».

¹⁶ En el artículo 49 de la Ordenanza-Institución para corregidores intendentes de 1749, se establecía que éstos deberán cobrar con efecto los alcances que resultasen de las dichas cuentas, y sin embargo de apelación.

va, pero cuando el asunto se hacía contencioso entre partes ¹⁷, cuestión litigiosa de Derecho Civil o Criminal, entonces el acuerdo no se ejecutaba, sino que tenía que resolverse con firmeza de juicio y por Jueces-Letrados Juristas» ¹⁸.

Sobre la diferencia entre lo gubernativo y lo contencioso antes de la primera instauración en nuestro país de un sistema de jurisdicción contencioso-administrativa, puede afirmarse que lo gubernativo de entonces se corresponde con lo administrativo de hoy, de forma que lo contencioso se identificaba con las cuestiones de Derecho Civil entre partes que soluciona la justicia ordinaria. En este sistema un asunto se hacía contencioso cuando antes de ejecutar un acto administrativo o providencia era necesario resolver una cuestión litigiosa paralizándose por tanto la vía gubernativa ¹⁹. La conclusión parece diáfana: en el Antiguo Régimen la transformación de un asunto gubernativo en contencioso daba lugar a la suspensión del acto en tanto en cuanto el asunto no dejase de ser contencioso. En este orden de cosas la Administración intentó evitar que los asuntos se hiciesen contenciosos y empezó a asumir competencias sobre dichos asuntos remitidos la justicia ordinaria a base de constantes normas que se lo facilitaban. La Constitución gaditana viene a transformar la multi-secular distinción contencioso-gubernativo como lógica consecuencia de la afirmación del principio de la separación de poderes ²⁰. En cualquier caso, la Constitución de 1812 estableció un ré-

¹⁷ Para GALLEGO ANABITARTE, «*Administración y jueces..*», *op. cit.*, pág 92, un asunto se hacía contencioso «cuando en el curso de la providencia se encontraba que no cabía ejecutar sin resolver antes una cuestión litigiosa, esto es, de Derecho entre partes, disputas de la propiedad, juicios posesorios, el interés o derecho o perjuicio de otra persona. Entonces y sólo entonces quedaba paralizada la jurisdicción gubernativa, antes tenía que resolver este asunto la jurisdicción contenciosa». Clara parece la consecuencia que se debe extraer en el Antiguo Régimen no debió existir lo que hoy entendemos por jurisdicción contencioso administrativa, sino más bien una jurisdicción contenciosa de marcado acento privado. Además, el régimen de la suspensión es análogo al que opera en el ámbito privado.

¹⁸ Cfr GALLEGO ANABITARTE, «*Administración y jueces*», *op. cit.*, pág 128

¹⁹ Cfr GALLEGO ANABITARTE, «*Administración y jueces*», *op. cit.*, pág 92 Vid también DOU y BASOLS, «*Instituciones de Derecho Público general en España, con particular noticia de Cataluña y de las principales reglas de gobierno de cualquier Estado*», II, 1800, pág 47

²⁰ Vid artículos 273, 274, 275, 309.. de la Constitución de 1812, la Orden de

gimen jurisdiccional singular para la Hacienda, pero sólo como solución de urgencia hasta que se formase el sistema tributario ²¹. Ahora bien, al aprobarse el nuevo sistema tributario, se implantan en su pleno vigor los principios constitucionales que exigían las competencias de los jueces sobre los negocios judiciales del Estado; esto es, la atribución a los jueces ordinarios de lo que treinta años más tarde comenzará a llamarse lo contencioso administrativo» ²².

No cabe duda de que el espíritu de la Constitución gaditana era partidario de anteponer el poder judicial al aparato administrativo ²³. Poco a poco los liberales fueron destruyendo los pilares del sistema doceañista. En este proceso el punto de inflexión viene determinado por la «labor antijudicialista» del trienio liberal. Durante esta etapa histórica «la realidad se encargó de demostrar que existían posibles contiendas jurídicas de carácter administrativo que no podían conocer los tribunales ordinarios ni tampoco los juzgados y jueces especiales que acababan de ser suprimidos» ²⁴. Las causas de esta situación residen en la preocupación por la guerra civil en la que entonces se batían liberales

7 de agosto de 1813, el Decreto de 13 de septiembre de 1813 y el Decreto de 10 de septiembre de 1822

²¹ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, «*Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX*» (1812-1845), Sevilla, 1973, págs. 75 y ss. En este sentido el Reglamento de Audiencias y Juzgados de primera instancia de 9 de octubre de 1812 concuerda perfectamente con los artículos 249, 250 y 278 de la Constitución. Así el artículo 32 del capítulo II, recogido por SANTAMARÍA PASTOR. «No debiendo haber, según lo dispuesto en la Constitución, más fueros privilegiados que el eclesiástico y el militar, cesarán en el ejercicio de jurisdicción todos los demás jueces privativos de cualquier clase () Exceptuándose, sin embargo, los juzgados de la Hacienda Pública, los Consulados y los tribunales de Minería, que subsistirán por ahora según se hallan hasta nueva resolución de las Cortes » Esta reforma tiene lugar el 20 de mayo de 1813 en que las Cortes aprobaron por unanimidad la abolición del viejo sistema de las rentas provinciales. El Decreto de 13 de septiembre de 1813 —también citado por SANTAMARÍA PASTOR— aprueba las bases del nuevo sistema fiscal y desapodera a los tribunales ordinarios de la jurisdicción que ostentaban sobre los negocios contenciosos de la Hacienda Pública (art. 1º)

²² Vid. SANTAMARÍA PASTOR, «*Sobre la génesis...*», *op. cit.*, pág. 78

²³ Vid. los artículos 14, 243, 245, etc., de la Constitución de 1812.

²⁴ Vid. GARRIDO FALLA «*La evolución del recurso contencioso administrativo en España*», R.A.P., 1968, n.º 55, pág. 14 y bibliografía allí citada

y absolutistas, a la que se añadía la fuerte crisis que por entonces aquejaba a nuestra Hacienda Pública.

Una de las consecuencias de esta solución fue el progresivo debilitamiento del Poder Judicial «cuyas potestades excluyentes sobre los negocios contenciosos se vieron quebrantadas en beneficio de la Administración, no de un modo total, sino parcial, pero en relación a dos sectores básicos: la Hacienda y el Régimen Local»²⁵. Buena prueba de ella la constituye un elenco de disposiciones que vienen a corroborar la existencia de esta pérdida de consistencia del Poder Judicial en favor de los entes administrativos.

En primer lugar el Decreto de 12 de mayo de 1821, cuyo artículo primero es altamente significativo al establecer que se autoriza provisionalmente a los intendentes que «puedan obrar por sí y sin necesidad de implorar el auxilio del Poder Judicial no otra autoridad».

En segundo lugar, el Decreto de 27 de junio de 1822 que, consagra los privilegios de «solve et repete» y de no suspensión de las cobranzas por la interposición de demandas «judiciales»²⁶.

Y, en último lugar, el Decreto de 13 de febrero de 1823 para el gobierno económico-político de las provincias. En especial, en su artículo 90 se admite implícitamente el principio de la decisión ejecutoria y el carácter no suspensivo de la interposición de los recursos jerárquicos al afirmar que «toda queja o reclamación que hagan los Ayuntamientos, sobre agravios en el reparto del cupo de contribuciones que haya cabido a sus pueblos, se dirigirá a la Diputación Provincial que, sin perjuicio de que se lleve a efecto el repartimiento hecho, examinará maduramente las reclamaciones y los confirmará o reformará para la debida indemnización en el inmediato, todo sin ulterior recurso»²⁷.

A diferencia de lo que aconteció en Francia, en nuestro país se puede decir que la Constitución de 1812 y las leyes comenta-

²⁵ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR. «Sobre la génesis.. », *op. cit.*, pág. 87

²⁶ En el Decreto de 27 de junio de 1822 se instaura la potestad de actuación autónoma de la Administración Tributaria, que no queda suspendida en su eficacia por el recurso ante los tribunales, sino que este recurso queda condicionado al acabamiento material —previo pago— de la decisión administrativa.

²⁷ El sentido del Decreto parece claro: excluir a la justicia ordinaria, por motivos de conveniencia, de buena parte de la actividad administrativa

das no se plantearon el tema del contencioso-administrativo en el sentido de instaurar un sistema de órganos administrativos con funciones judiciales. Más bien, lo que ocurrió fue que paulatinamente la Administración fue reservándose la decisión de nuevos negocios contenciosos que, en principio, sólo eran competencia de la justicia ordinaria. Es decir, la irrupción de lo contencioso administrativo en nuestro país tienen orígenes, más que en su dimensión funcional, en consideraciones de tipo material.

Por entonces, se dicta la trascendental Real Orden de 8 de mayo de 1839 que afirmaba que:

«Las disposiciones que dicten los Ayuntamientos y, en su caso, las Diputaciones Provinciales, en los negocios que pertenecen a sus atribuciones, según las leyes, forman estado y deben llevarse a efecto, sin que los Tribunales admitan contra ellas los interdictos posesorios de manutención o restitución, aunque deberán administrar justicia a las partes cuando entablen las acciones que legalmente les competen»²⁸. En esta Real Orden de 8 de mayo de 1839, al igual que en la Real Orden de 9 de febrero de 1842²⁹, se parte de un principio fundamental: en todos los asuntos gubernativos, la Administración goza de la potestad de ejecutar sus decisiones siempre y en cualquier caso³⁰. Pero todavía el tenor

²⁸ Sobre esta Real Orden vid. SUNYE, «*Jurisprudencia administrativa Colección razonada de resoluciones del Gobierno a consulta del Consejo Real en materia de Administración*», I, Madrid, 1847, págs 67 y ss ; CARDENAS, «*Revista de Jurisprudencia y Administración*», 1847, III, págs 469 a 510, SAINZ DE VARANDA , «*Colección de Leyes Fundamentales*», Zaragoza, 1957, págs 179 y ss.; ORTIZ DE ZUÑIGA, «*El libro de los Alcaldes y Ayuntamientos*», II, Madrid, 1891, págs. 297 y 298.

²⁹ Dicha Real Orden decía que «todos los expedientes sobre declaración de estar o no comprendidos en las excepciones del artículo 6 de la Ley de 2 de septiembre (), se promoverán y ventilarán por el orden gubernativo, antes de poder hacerse contencioso, para los casos de duda o reclamación, sin que obsten a la ejecución expedita de la Ley en todos aquéllos en que fueron notorios (.)»

³⁰ El interdicto contra las providencias dictadas por la autoridad administrativa en materia de su atribución o competencia de acuerdo con las leyes, «no se admitió en ningún caso (vid C de 23 de junio de 1846, Col leg., tomo 37, n.º 19, C. de 29 de julio de 1846, Col leg , tomo 38, n.º 33, C de 30 de enero de 1850, Col leg , tomo 49, n.º 4) y sí contra las providencias que no versaren sobre asuntos sometidos a la atribución del órgano autor de la providencia» (vid. C de 18 de agosto de 1846, Col leg., tomo 38, n.º 38). En materia de suspensión, sin embargo, la jurisprudencia estableció con claridad la competencia de los órganos administra-

de estar normas obliga a ir más lejos ya que, aún convirtiéndose el asunto en contencioso, se postula la previa ejecución de la resolución al igual que en la denominada Administración interina del Antiguo Régimen ³¹.

La explicación de este fenómeno se encuentra en el notable predominio de lo contencioso judicial sobre lo gubernativo, ya que los particulares podían paralizar —suspender— la decisión administrativa con sólo acudir a los jueces de primera instancia o las Audiencias. Además, también pesó bastante sobre esta decisión el que los Ayuntamientos y las Diputaciones no eran los mejores organismos para resolver estas reclamaciones, sobre todo debido a la politización natural de dichos cuerpos ³². Sobre estos presupuestos, lo contencioso administrativo, que formalmente no aparecerá hasta 1845, se configuró como la exención de los tribunales de determinados ámbitos de naturaleza administrativa siendo la propia Administración la encargada de sustanciarlos a través de una jurisdicción especial ³³ para evitar que la calificación de una determinada materia como contenciosa impidiera la ejecución del acto ³⁴.

En las leyes de organización y atribuciones de los Ayuntamientos y de las Diputaciones Provinciales de 8 de enero de 1845, resulta que los acuerdos de los Ayuntamientos «son ejecutorios y po-

tivos y no de las Audiencias (vid C de 29 de agosto de 1846, Col leg , tomo 38, n.º 46, C de 29 de julio de 1846, Col leg , tomo 38, n.º 46, C de 29 de julio de 1846, Col. leg , tomo 38, n.º 36) También el carácter ejecutivo de las providencias no ofrece dudas, ya que «las providencias de los Alcaldes causan estado y deben ser respetadas por los jueces de primera instancia» (vid C. de 1 de julio de 1846, Col leg , tomo 38, n.º 25)

³¹ Cfr GALLEGO ANABITARTE, «*Administración y Jueces* », *op cit* , pág 138

³² Esta situación de excluir de una determinada materia a los tribunales creando una jurisdicción privativa tuvo lugar igualmente en el Antiguo Régimen en materia de positos y de propios

³³ En el Antiguo Régimen, a través de la técnica de la Administración interina en asuntos contenciosos, se evitaba que la intervención de la justicia ordinaria paralizase sistemáticamente los actos de la Administración que por su propia naturaleza tienden a realizarse en la práctica (cfr GALLEGO ANABITARTE, «*Administración y Jueces .* », *op. cit.*, pág. 141)

³⁴ POSADA HERRERA en sus «*Lecciones de Administración*», I, Madrid, 1843, págs 283-284, afirma en este sentido que «inútil sería () que la Administración pudiera, dentro de su círculo, tomar ciertas providencias, si luego no podía ejecutar su resolución »

drán llevarse a efecto»³⁵; los acuerdos de las Diputaciones son igualmente ejecutivos, si bien, «sólo se llevarán a cabo después de aprobados por el Gobierno o por los jefes políticos respectivos»³⁶. A partir de la mencionada Ley de 1845, GALLEGO ANABITARTE se pregunta sobre la autoridad competente y el procedimiento de impugnación de los acuerdos de los Ayuntamientos y las Diputaciones. Para este autor, la Ley de 8 de enero de 1845 «no hace referencia alguna a las reclamaciones gubernativas o contenciosas, sino que se limita a afirmar la ejecutoriedad de los acuerdos municipales y provinciales, cuando no tengan tal carácter por incompetencia y ocasionar perjuicios públicos»³⁷.

4. SUSPENSIÓN Y EJECUTIVIDAD EN LA LEGISLACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1845-1853³⁸

El establecimiento en 1845 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, constituye la última fase de un lento proceso que lógicamente demandaba la creación de una jurisdicción especial para resolver los asuntos contenciosos de la Administración. La potencialidad de lo contencioso mostró toda su virtualidad operativa por efecto de las Reales Ordenes de 8 mayo de 1839 y 9 de febrero de 1842. El predominio de lo contencioso judicial con la consiguiente paralización de los actos dictados por la Administración era realmente insostenible en un sistema de clara prevalencia del interés público sobre el interés individual. Además, «desde la reviviscencia de la Constitución gaditana, en pleno agosto de 1836 se comprobó la imposibilidad práctica de mantener

³⁵ Vid artículos 79 y 81, in fine Vid en este sentido MORILLA, «Breve tratado de Derecho Administrativo español», La Habana, 1847, pág 61, y GALLEGO ANABITARTE, «Administración y Jueces », *op cit* , pág 147

³⁶ Vid artículos 55 y 56

³⁷ Cfr GALLEGO ANABITARTE, «Administración y Jueces », *op cit* , pag 149 y los artículos 67, 79 81 in fine y 73 a 78 de la Ley de 8 de enero de 1845, vid también en este sentido, GALLEGO ANABITARTE, «El Derecho de Aguas.. », *op cit.*, (en prensa)

³⁸ La estructura normativa del sistema se componía de la Ley de Consejos Provinciales de 2 de abril de 1845 y un Reglamento del 1 de octubre del mismo año, de la Ley de 6 de julio de 1845, el Decreto de 22 de septiembre de 1845 sobre el Consejo Real, y el Reglamento de 30 de diciembre de 1846.

un sistema judicialista con la organización judicial y sistema social entonces imperante (...)»³⁹.

La doctrina se encuentra dividida en cuanto al principio de la ejecutividad de los actos administrativos en el origen de nuestro sistema contencioso-administrativo⁴⁰. Para GALLEGO ANABITARTE, las consecuencias del sistema introducido en 1845⁴¹ parecen claras: «lo contencioso se dividió en lo contencioso judicial, propio de la jurisdicción ordinaria, y en lo contencioso administrativo, propio de la jurisdicción en sede administrativa por tribunales especiales. Los acuerdos o actos administrativos son ejecutorios (...) un vez dictados conforme al secular principio del Derecho español»⁴² que surge ya en el reinado de Juan II. La solución de lo gubernativo como previo a lo contencioso se encuentra en la base del sistema de 1845, que respetó el límite tradicional que tenía la Administración ante lo contencioso. NIETO, desde otro punto de partida, llega a las mismas conclusiones que GALLEGO ANABITARTE. Para el primero, la Administración activa no quedaba paralizada por la oposición del particular, sino que, aún así, dictaba estos administrativos normalmente ejecutorios.

³⁹ Cfr SANTAMARIA PASTOR, «Sobre la génesis . », *op cit* , pág 150

⁴⁰ Vid , por ejemplo, a favor de la «continuidad» del principio de la «decisión exècutorie», NIETO, «Sobre la tesis de PARADA en relación con el origen de lo contencioso Administrativo», RAP n ° 57, 1969, págs 15 y ss , mientras que son partidarios de la no existencia del privilegio de la decisión ejecutoria en los orígenes del sistema contencioso, sobre todo, PARADA, «Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso», RAP, n ° 55, 1968, págs 68, 69 y 103, «Réplica a NIETO sobre el principio de decisión ejecutoria en el sistema contencioso administrativo» RAP, n ° 59, 1969, FERNANDEZ RODRIGUEZ, «La doctrina de los vicios de orden público», Madrid, 1970, págs. 40 y ss , y MANZANEDO, «El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español», Madrid, 1968, págs. 1968 y ss

⁴¹ Para un estudio más completo de los presupuestos histórico jurídicos del régimen de 1845, vid GARRIDO FALLA, «La evolución del recurso contencioso administrativo en España», RAP n ° 55, 1968, págs 15 y ss , NIETO «Los orígenes de lo contencioso administrativo en España», RAP n ° 50, 1966, págs 30 y ss., JORDANA DE POZAS, «El Consejo de Estado español y las influencias francesas a lo largo de su evolución», «Estudios de Administración Local y General», I, Madrid, 1881, págs 82 y ss., COLMEIRO; «Derecho Administrativo español», Madrid, 1870, págs 356 y ss y NIETO, «Influencias extranjeras en la evolución de la ciencia española del Derecho Administrativo», Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, III, 1965

⁴² Cfr GALLEGO ANABITARTE, «Administración y jueces .», *op cit* , pág. 151

PARADA, principal defensor de la tesis contraria, sostiene que la Administración activa no tenía reconocido el principio de decisión ejecutoria en los orígenes del sistema contencioso porque se trata de una función judicial: «la Administración activa podía evidentemente resolver cuestiones, dictar actos ejecutorios, pero siempre y cuando dichos actos no resolviesen controversias jurídicas...»⁴³. Además este autor concibe el proceso contencioso igual que el proceso civil de primera instancia, cuestión esta que tiene una importancia decisiva en orden a la suspensión del acto administrativo en la vía contencioso administrativa, ya que al asimilar ambos procesos parece evidente que la suspensión sería la regla y la ejecutividad la excepción, sobre todo porque en el proceso civil las partes se encuentran en pie de igualdad.

Para GALLEGO ANABITARTE y NIETO el sistema que surge en las Leyes de 1845 y 1846 no supone más que la lógica consecuencia de la necesidad de evitar una utilización desmedida del contencioso judicial por los particulares dando lugar a un peligroso aumento de la actividad de la Administración. Es decir, el principio de la ejecutividad de los actos administrativos se mantiene junto a la consideración no suspensiva de la interposición del recurso contencioso. Todo esto, evidentemente, a nivel de principios generales ya que no se encuentra en las leyes de la época mención alguna sobre la suspensión del acto administrativo en vía contencioso administrativa.

En la corriente doctrinal que encabeza PARADA, la conclusión también es clara: al concebir el proceso contencioso administrativo como un proceso civil de primera instancia y al respetarse la situación posesoria previa, ningún problema plantea la suspensión del acto administrativo⁴⁴, que se concibe, desde esta orientación, como la regla general del mismo modo que en el ordenamiento privado.

⁴³ Cfr PARADA, «Privilegio de decisión ejecutoria », *op cit* , pág 68

⁴⁴ Cfr PARADA, «Privilegio de decisión ejecutoria .», *op cit* , pág 80.

5. REFORZAMIENTO DE LA EJECUTIVIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO EL DECRETO DE 21 DE MAYO DE 1853

En la dirección doctrinal de PARADA, FERNANDEZ-RODRIGUEZ y MANZANEDO, el sentido de este Decreto está perfectamente de acuerdo con todas sus argumentaciones ya que según la opinión, por ejemplo, de PARADA, el Real Decreto de 21 de mayo de 1853 es el primer estadio que llevará a una generalización del principio de la «Decisión Exécutoire» que elimina la conocida doctrina del Ministro-Juez⁴⁵. Por el contrario, la otra orientación afirma que el Real Decreto citado «se dirigía a evitar que el recurso contencioso se convirtiera en vana sombra (...), que ninguna defensa presta al Estado ni a los particulares, concediéndose al Estado por otro lado el cómputo del plazo de seis meses desde que tiene legalmente del mismo conocimiento de que la providencia le perjudica en sus derechos»⁴⁶. Desde este planteamiento, el mencionado Real Decreto era una verdadera necesidad del sistema implantado en 1845 que se resume bajo la consideración ejecutiva de los acuerdos de las autoridades administrativas en el ámbito de sus atribuciones, lo cual no excluye un posterior proceso contencioso administrativo⁴⁷.

6. EL ARTICULO TRES DEL REAL DECRETO ORGÁNICO DE 4 DE ABRIL DE 1861· PRIMERA REGULACIÓN POSITIVA DE LA INSTITUCIÓN:

Mientras que doctrinalmente y desde las diferentes orientaciones que pueden deducirse de la regla de la decisión ejecutoria, se planteó teóricamente la problemática que suscita la suspensión

⁴⁵ Cfr PARADA, «Privilegio de decisión ejecutoria ..», *op. cit*, pág 89, y BOCANEGRA SIERRA, «La revisión de oficio de los actos administrativos», Madrid, 1977, pág. 45.

⁴⁶ GALLEGO ANABITARTE, «Administración y jueces. », *op cit*, pág 156

⁴⁷ El Real Decreto establece que «en los negocios en los que vienen impuestas obligaciones de la Hacienda y particulares, causarán estado las resoluciones que en su nombre adopte el Ministerio de Hacienda, y serán revocables por vía contenciosa, a la que podrán recurrir sobre ellas tanto el Gobierno como los particulares si creyesen perjudicado su derecho» (artículo 1).

del acto, hay que esperar a 1861 para que un Real Decreto Orgánico prevea ya positivamente la suspensión en vía contenciosa.

Recordemos que en Francia desde 1806, ya existe una primera regulación de la institución. Este dato, de por sí ya altamente revelador, conduce a pensar que este desfase histórico no es sino un claro exponente del considerable retraso con el que se introducen en nuestro país las técnicas de limitación del poder público. Todavía existe otra circunstancia, si se quiere más sorprendente: el Real Decreto que acoge por vez primera esta institución se refiere al procedimiento a seguir en los negocios contenciosos de la Administración en las provincias de ultramar⁴⁸. La explicación de este fenómeno no es fácil, pues la doctrina de entonces se dedica únicamente a subrayar que el artículo 3 de dicha norma constituye la primera formulación positiva, en nuestro Derecho, de la suspensión de los actos administrativos en vía contenciosa⁴⁹, sin entrar en mayores consideraciones históricas. Además, las primeras decisiones jurisprudenciales sobre suspensiones surgen de la aplicación del artículo 100 de la Ley SANTAMARIA DE PAREDES.

Tenemos pues, en 1861, una regulación de la suspensión limitada a los negocios contenciosos de ultramar. En la península, hasta que se apruebe el reglamento para la tramitación de los negocios en el Ministerio de Hacienda de 18 de febrero de 1871 (artículo 54), no se recoge legalmente la institución.

La filosofía del artículo 3 del Real Decreto Orgánico de 1861 responde a los planteamientos histórico-políticos del momento⁵⁰.

⁴⁸ Como se sabe, en los territorios de ultramar, la organización de los tribunales de lo contencioso administrativo era diferente de la que regía en la Península e islas adyacentes

⁴⁹ En este sentido, vid. GALLOSTRA, «*Lo contencioso-administrativo*», Madrid, 1881, pág. 499, el cual afirma que «descendiendo al terreno del Derecho constituido, nada hallamos en concreto hasta la publicación del Real Decreto Orgánico de 4 de julio de 1861, dictado para asuntos de ultramar que, (.) tras sancionar las mejoras que la jurisprudencia había introducido en las cuestiones que dicen relación al procedimiento contencioso administrativo. ».

⁵⁰ Así por virtud del artículo 1 del Real Decreto de 4 de julio de 1861 que regula la constitución de los Consejos de Administración de ultramar, se establecía que «en cada una de las provincias de ultramar, y con residencia en la capital de las mismas, se establecerá un Consejo de Administración, que será presidido por el Gobernador Superior Civil respectivo (.)»

En este sentido, la autoridad gubernativa era tenida en cuenta para decidir sobre la suspensión en caso de que esta originase algún perjuicio al interés público. Los tribunales gozaban de total discrecionalidad para resolver sobre la oportunidad de la petición de suspensión: la suspensión se configura, evidentemente, como excepción al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos para los supuestos en que la providencia administrativa ocasionase perjuicios graves e irreparables al interesado. Desde esta óptica, pueden entenderse mejor los términos de dicho precepto cuando afirma que «la interposición de la demanda no suspende la ejecución de lo mandado; pero si en algún caso puede producir ésta perjuicios graves e irreparables al interesado, podrá suspenderse sin ulterior recurso, siempre que de ello no resultare inconveniente para los intereses de la Administración, a juicio de la Autoridad que hubiese dictado la providencia reclamada».

La importancia de la positivación de la suspensión en vía contenciosa ha sido subrayada por GALLOSTRA al decir que este precepto «establece sanos principios en lo que se refiere a la defensa del particular frente a las providencias administrativas»⁵¹.

Por lo que se refiere a la autoridad competente para resolver la solicitud de suspensión, el precepto es criticable, pues de acuerdo con los artículos uno y tres del Real Decreto de 4 de julio de 1861 sobre la organización de los Consejos de Administración de ultramar, hay que decir que la naturaleza de este Consejo era de signo mixto⁵²: por un lado gubernativo y por el otro judicial, aun-

⁵¹ Cfr GALLOSTRA, «*Lo contencioso administrativo*», *op. cit.*, pág. 496.

⁵² Para ALFARO, «*Tratado completo de lo contencioso administrativo*», Madrid, 1875, pág. 310, ninguna duda se suscita con anterioridad al Decreto de 13 de octubre de 1868 «ya que al ser la jurisdicción contencioso administrativa retenida (...) y por lo tanto, si residía en el poder ejecutivo la facultad de conformarse o no con las consultas del Consejo de Estado y siendo el Ejecutivo el encargado de llevar a efecto los Reales Decretos Sentencias, es indudable que sin faltar a los principios más elementales de la Ciencia y de la Lógica, no podía privársele de la jurisdicción para suspender las providencias» Ahora bien, después del Decreto de 1868, el Tribunal Supremo y las Audiencias asumieron la jurisdicción contencioso administrativa y se suscitaron algunas controversias que, en opinión del mismo ALFARO «dicho Decreto la confirió a los Tribunales para que con jurisdicción propia entendiesen de los asuntos de esta naturaleza (...) de forma que no declinó to-

que al ser la jurisdicción retenida la facultad para suspender las providencias administrativas en vía contenciosa estaba en manos del Ejecutivo. En cualquier caso, el reforzamiento de la autoridad gubernativa es evidente, pues sólo se podrá conceder la suspensión en caso de que la providencia administrativa ocasione perjuicios graves e irreparables al interesado «siempre que de ello no resultare inconveniente para los intereses de la Administración a juicio de la Autoridad que hubiese dictado la providencia reclamada».

Para el legislador de 1861 los daños o perjuicios ocasionados por la ejecución de la providencia administrativa han de ser graves e irreparables, sin que se admita la posibilidad de la dificultad de la reparación como presupuesto legitimador de la suspensión, que aparece en el artículo 122.2 de la LJCA. Desde este punto de vista, el particular que estimase que una providencia administrativa atentase a sus derechos, tenía que presentar la demanda y, con una certificación de este hecho, que le extendía el Secretario del Consejo de Estado, con el visto bueno de su Presidente, acudir en solicitud de su deseo ante el Ministro que hubiera dictado la Real Orden impugnada, siendo el jefe de aquel departamento quien resolvía el incidente.

Del tenor del mencionado artículo 3 se deduce que la facultad de suspender es siempre discrecional para la Administración. Sin embargo, para GALLOSTRA, esta discrecionalidad no debe estar exenta de toda traba y limitación para evitar que lo que debe ser un derecho subjetivo de los particulares se transforme en un capricho o conveniencia privada⁵³.

En cuanto al momento procesal para resolver el incidente de suspensión, encontramos dos posibilidades. En primer lugar, a veces se ordena la suspensión, desde luego, con la sola justificación de la presentación de la demanda contencioso administrativa. En

talmente la Administración la jurisdicción contencioso administrativa en manos de los tribunales sino que, más bien, impetró su auxilio para que fallase definitivamente aquellos negocios, reservándose, como no podía ser menos, la facultad de cumplimentar tales acuerdos y, con igual fundamento, la de suspender las providencias administrativas. De esta forma, retenida o delegada la jurisdicción, las suspensiones a que nos estamos refiriendo han sido decretadas por las autoridades que decretaron los acuerdos».

⁵³ Vid. GALLOSTRA, «*Lo contencioso administrativo*», *op. cit.*, pág. 495.

segundo lugar, también en ocasiones se supeditaba la suspensión al hecho de la admisión de la demanda ⁵⁴.

7. EL ARTICULO 84 DEL REGLAMENTO DEL MINISTERIO DE LA GOBERNACIÓN DE 1870 Y EL ARTICULO 54 DEL REGLAMENTO DEL MINISTERIO DE HACIENDA DE 1871 ⁵⁵

El artículo 84 del Reglamento del Ministerio de la Gobernación de 30 de noviembre de 1870 que constituye la primera regulación para la península de la suspensión del acto administrativo en vía contenciosa, establecía que:

«Las órdenes dadas por el Ministerio en los expedientes particulares se habrán de ejecutar inmediatamente, no pudiendo suspenderse sus efectos sino cuando fuesen reclamadas en la vía contencioso administrativa, y pudiera su ejecución causar perjuicios a los intereses públicos, o daño irreparable a los particulares.»

Análogamente, el artículo 54 del Reglamento de 18 de febrero de 1871, regulador del régimen y tramitación de los negocios en el Ministerio de Hacienda declara que:

«Las resoluciones que se dicten en los expedientes particulares se ejecutarán inmediatamente; y no podrán suspenderse sus efectos sino cuando fuesen reclamados en la vía contencioso administrativa, y pudiera su ejecución causar perjuicios a los intereses públicos o daño irreparable a los particulares ⁵⁶.»

La declaración de ambos preceptos respecto al principio de la inmediata ejecutividad de los actos administrativos es clara. De todos modos, la posibilidad de suspensión sigue siendo de natu-

⁵⁴ Para GALLOSTRA, *ibid.*, pág. 496, la segunda solución era más acorde con el espíritu de la Ley «porque mientras que la demanda no se admite, no puede decirse que exista el pleito, pero, por supuesto, para aceptar esta solución es indispensable que el trámite previo de procedencia del recurso quede reducido a los límites establecidos, porque si aceptamos que no se suspenderá la providencia gubernativa hasta después de admitida la demanda, podría, en muchos casos, dar lugar indebidamente a un retraso sobre el acuerdo de suspensión»

⁵⁵ Cfr. GALLOSTRA, «*Tratado*», *op. cit.*, pág. 498

⁵⁵ Cfr. GALLOSTRA, «*Tratado*», *op. cit.*, pág. 498

⁵⁶ Estos preceptos son los auténticos antecedentes de la regulación de la suspensión que hará la Ley SANTAMARIA DE PAREDES (artículo 100)

raleza discrecional. Respecto de las condiciones de eficacia de la suspensión y, frente a la importancia de los daños irreparables, ambos artículos aluden también, como presupuesto habilitante para otorgar la medida impetrada, a los perjuicios que la ejecución del acto administrativo pudiera irrogar sobre el interés público. En cuanto a la autoridad competente para resolver estos incidentes, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1873 es bien clara al afirmar que:

«Corresponde exclusivamente a la Administración activa disponer si las resoluciones que dicta en el círculo de sus atribuciones, deben ejecutarse o no —es decir, suspenderse— por más que hayan sido reclamadas en la vía contenciosa, interín se sustancia el pleito y recae la sentencia ejecutoria ⁵⁷.»

El procedimiento de suspensión después del Reglamento de 1871 fue descrito por ALFARO en estos términos: «el particular interpone el recurso contencioso administrativo y con una certificación expedida por la Secretaría del Tribunal Supremo, con el visto bueno de su Presidente, en la misma forma en que se hacía ante el Consejo de Estado cuando la jurisdicción era retenida, se acudirá ante el Ministerio respectivo que negará o acordará los efectos de la providencia ⁵⁸.»

Ya por entonces se empezó a fundamentar la necesidad del otorgamiento de fianza que debería correr a cargo del «particular en el caso de que no se revocase la orden ministerial recurrida, como justo castigo a haber interrumpido una providencia ajustada a Derecho» ⁵⁹.

Consciente de las graves dificultades que desde el punto de vista de la justicia confería la regulación contenciosa de la suspensión, GALLOSTRA en 1881 de «lege ferenda» realiza una serie de consideraciones interesantes. En este sentido, propone este autor «que la suspensión de la providencia reclamada se entienda concedida al tener conocimiento de la demanda la autoridad que dictó aquélla, en todos los casos en que la Administración no declare expresamente que a pesar del recurso contencioso se lleve a

⁵⁷ Cfr al respecto la cita (84) Sentencia citada por GALLOSTRA, «*Tratado.* », *op cit.*, pág. 500

⁵⁸ Cfr ALFARO, «*Tratado.* », *op. cit.*, pág 313

⁵⁹ Cfr ALFARO, «*Tratado.* .», *op. cit.*, pág. 314

efecto el acuerdo»⁶⁰. Es decir, se establece que por virtud del silencio administrativo positivo, se entiendan automáticamente suspendidas todas aquéllas providencias respecto de las cuales la autoridad que dictó la misma, al tener conocimiento del recurso contencioso, no declare expresamente la ejecutividad del acuerdo.

Ahora bien, «a este regla general hay que añadir una lógica excepción para el caso de que la no ejecución irroque perjuicios al interés público (...) para lo cual ninguna garantía mejor encontraremos que la de consultar gubernativamente al Consejo de Estado en pleno sobre la suspensión de las providencias dictadas por la Administración central, consulta que debería hacerse en todo caso en que la Administración crea que debe oponerse a la suspensión solicitada, sin perjuicio de llevar a cabo provisionalmente la providencia cuando así lo aconsejen razones de especial urgencia, a reserva de la consulta inmediata al Consejo»⁶¹.

La Ley Provincial y la Municipal de 1877 suponen un paso definitivo en orden a superar la doctrina clásica sobre quién debe considerarse competente para resolver las solicitudes de suspensión. Así en los artículos 31 de la Ley Provincial y 172 de la Ley Municipal, se dispone que el tribunal que entienda en el asunto podrá suspender por primera providencia a petición del interesado la ejecución del acuerdo apelado, en caso de aún no haber sido suspendido en virtud del artículo 170 de la norma provincial, cuando a su juicio proceda y convenga a fin de evitar un perjuicio grave. De todas formas, esta mera consideración procesal da lugar a una gran confusión, ya que en la esfera local deciden acerca de las solicitudes de suspensión los tribunales, mientras que en la órbita de la Administración central dicha facultad es propia de la misma autoridad productora del acto impugnado en la vía contencioso administrativa.

A finales del siglo XIX, tiene lugar un acontecimiento trascendental: El Congreso Jurídico Español de 1886.

⁶⁰ Cfr. GALLOSTRA, «*Lo contencioso administrativo*», *op cit.*, pág 497

⁶¹ Cfr. GALLOSTRA, «*Lo contencioso administrativo*», *op cit*, págs 497-498.

8. EL CONGRESO JURÍDICO ESPAÑOL DE 1886

Del 27 de noviembre al 11 de diciembre de 1886, se celebra en Madrid el Congreso Jurídico Español, convocado por la Junta de Gobierno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación⁶². El tema undécimo se dedicó al estudio de lo contencioso administrativo y la séptima conclusión de la ponencia aborda la compleja cuestión del procedimiento contencioso administrativo, cuya reforma a juicio de los ponentes debería incidir, entre otros puntos sobre «la suspensión de la resolución gubernativa contra la que se dirige la demanda, salvo en los casos de especial interés público y en los especiales de que quede hecho mérito en el dictamen, pudiendo la Administración llevar a efectos los servicios o contratos bajo su responsabilidad»⁶³. Esta orientación choca frontalmente con la concepción vigente entonces. Se recomienda que la suspensión se entienda como una medida general que, lógicamente, contará con un elenco de excepciones que con más detalle se especifican en el texto del dictamen. El texto de la ponencia califica la problemática inherente a la suspensión como cuestión «grave y delicada» que en la mayoría de los casos, tanto la Administración como el Consejo de Estado habían concebido de una forma restrictiva.

De ninguna manera el Congreso de 1886 aboga por una absoluta generalización de la suspensión que daría lugar a un sinfín de arbitrariedades por parte de los particulares que, ante el efecto suspensivo generalizado de la interposición del recurso, utilizarían esta técnica con ocasión y sin ella.

En cuanto a la aplicación de la suspensión según la índole de la materia de que se trate, de nuevo la argumentación de la ponencia parece intachable al afirmar que «son tan diversas las materias sobre las que recaen las funciones de la Administración y tan distintos los efectos que sus providencias pueden causar, que la lógica exige se lleven a la práctica y se fijen de un modo determinado esas diferencias. ¿Puede compararse la resolución guber-

⁶² Cfr GALLOSTRA, MALUQUER DE TIRELL, RODRIGUEZ Y UCELAY, «*Lo contencioso administrativo*», Madrid, 1886, págs 7 y ss.

⁶³ Cfr MARTIN REBOLLO, «*El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso de 13 de septiembre de 1888*», Madrid, 1975, pág 91

nativa respecto a la cabida de una finca procedente del Estado al reconocimiento de una carga de justicia, con la decisión de exención de un quinto o con el nombramiento de un empleado? ¿Acaso la concesión de una mina o de un alumbramiento de aguas produce al suspender sus efectos las mismas consecuencias que suspender el servicio de alumbrado público o una contrata para la construcción para caso de guerra?: ciertamente no». «Por eso y aunque resultase casuística, aconsejan los principios de justicia y el concepto que hemos dado de esa revisión suprema, esencia de lo contencioso administrativo, que se distingan los casos y se suspenda el llevar a efecto las providencias gubernativas contra las cuales se incoó el recurso con la excepción que han consiguando otras leyes extranjeras⁶⁴ cuando se trate de un servicio de carácter público y urgente o de evitar un perjuicio irreparable⁶⁵.»

En resumen: el Congreso Jurídico Español de 1886 opta decididamente por una concepción de la suspensión flexible, aplicada con justa proporción, distinguiendo las materias sobre las que se proyecta el acto administrativo y, siempre que la suspensión no irroge un perjuicio irreparable ni el acto administrativo incida sobre servicios públicos y urgentes.

En verdad resulta sorprendente comprobar como hace ya un siglo, se propuso una idea de la suspensión del acto administrativo en la línea de la discusión actual.

⁶⁴ Cfr. el artículo 7 de la Ley Italiana de 1865 de 20 de marzo

⁶⁵ Así el texto de la ponencia concreta todavía más este aspecto al declarar que «proclamado ya este principio en nuestra legislación administrativa, y precisamente en el ramo de la Hacienda (art 268 y ss de la Ley Camacho de 1881), en que la interpretación es más restrictiva, poco esfuerzo ha de costar ya el aplicarlo a otros departamentos, disponiendo que, por ejemplo, en las concesiones de minas, en las que ya hoy se hace, aguas, pesca y toda clase de obras públicas, se suspenda desde luego y como regla general la resolución administrativa. que en materia de impuestos y de quintas queda facultada la Administración para ejecutar sus acuerdos sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar. .»

9. LA SUSPENSIÓN EN LA LEY DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 1888 Y EN SU REGLAMENTO DE 1890

A. La suspensión del acto administrativo en el proceso de elaboración de la Ley SANTAMARIA DE PAREDES.

La restauración política se traduce en una nueva regulación de la jurisdicción contencioso administrativa por virtud del Real Decreto del Ministerio de Regencia de 31 de diciembre de 1874.

Ya por entonces, comienza el proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso de 13 de septiembre de 1888.

La Ley SANTAMARIA DE PAREDES es fruto, al decir de MARTIN REBOLLO, de tres circunstancias: la tendencia a la uniformidad jurídica y administrativa como consecuencia del movimiento codificador, la necesidad de unidad de jurisdicción para la Administración Pública y, la lamentable situación en que por entonces se encontraba lo contencioso administrativo⁶⁶.

El 31 de diciembre de 1881 se promulga una Ley que regula el procedimiento judicial, gubernativo y contencioso en el ramo de la Hacienda, y un Reglamento provisional que es de la misma fecha. La Base 14 de esta Ley establecía:

«Que las providencias definitivas, aún cuando de ellas se apelase a la vía contenciosa, se llevarán a debido efecto, a menos que a juicio de la Administración fuesen irreparables los daños que se causaran y con tal de que el interesado lo solicitase, acreditando haber interpuesto la demanda contenciosa. Si la resolución fuese favorable al interesado, y el Interventor General hubiese incoado el expediente que se determina en la Base 11, podrá el Ministro, bajo su exclusiva responsabilidad, acordar se lleve a cabo, adoptando las medidas que considere convenientes para evitar perjuicios ulteriores al interés público⁶⁷.» En estos casos, no debe olvidarse que el procedimiento administrativo en el ramo de la

⁶⁶ Vid MARTIN REBOLLO, «El proceso », *op cit*, pág 58

⁶⁷ La Base 11 establecía que «las providencias definitivas de segunda instancia y, las de tramite apelables a la vía contenciosa, se notificarán en la forma establecida en la Base 7. Si por ellas se accediera en todo o en parte a todo lo atendido por el reclamante, se notificara al interventor General del Estado, que podrá promover el expediente necesario para que las providencias se declaren lesivas de los intereses y de los derechos de la Hacienda y preparar la vía contenciosa»

Hacienda se dividía en dos fases: la primera de carácter gubernativo, a su vez compuesta en dos instancias, y la segunda de naturaleza contenciosa administrativa, en la que se podía interponer el recurso contencioso contra providencias de trámite, dictadas o confirmadas en segunda instancia, siempre que resuelvan la cuestión pendiente.

Una lectura de la Base 14 ayuda a comprobar la decisiva intervención de las autoridades administrativas en supuestos de suspensión en vía contenciosa.

En el Reglamento provisional para la ejecución de la Ley de Bases de 1881 sobre el procedimiento administrativo en materia de Hacienda, el título IX lleva por rúbrica «de la suspensión de las providencias administrativas» (artículos 268 a 273)⁶⁸. En concreto, el artículo 268 se refiere a que «las providencias de segunda instancia se cumplimentarán⁶⁹ aún cuando de ellas se apelase a la vía contenciosa, a menos que a juicio del Ministro fuesen irreparables los daños que su ejecución causara, y con tal que el interesado lo solicite, acreditando haber interpuesto la demanda contenciosa». En este precepto —aludido en el Congreso Jurídico de 1886— pueden encontrarse tres momentos: un primero, que alude a la interposición de la demanda contenciosa, el segundo, que se refiere a la estimación discrecional del Ministro sobre si concurren o no daños irreparables y, en tercer lugar, la declaración de concesión o denegación de la suspensión, siempre bajo su exclusiva responsabilidad y con la actuación del Interventor General.

El proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso administrativa sobre el que va a trabajar la Comisión fue presentado por SA-

⁶⁸ Los artículos 266 y 267 se refieren a la suspensión del acto en la vía administrativa, el 268 y 269 a la suspensión de la providencia de segunda instancia, los artículos 270 a 272 regulan el concreto cauce procedimental para solicitar la suspensión en la vía administrativa y, por último, el artículo 273 contempla el supuesto de la providencia de segunda instancia que concede la suspensión, en cuyo caso y si el Interventor General incoó en su momento el expediente, podrá «el Ministro, bajo su exclusiva responsabilidad, acordar que se lleva a cabo, adoptando las medidas que se consideren convenientes para evitar perjuicios ulteriores al Tesoro Público».

⁶⁹ Vid los artículos 274 a 277 del reglamento provisional de 30 de diciembre de 1881

GASTA en las Cortes el 22 de julio de 1886 ⁷⁰. Ahora bien, la Comisión que dictamina el proyecto, lo que hace en realidad es otro nuevo, bastante diferente del presentado por SAGASTA, y que no es, sino un intento de armonización de las dos corrientes doctrinales que propugnaban liberales y conservadores. En lo que se refiere a la suspensión del acto administrativo en la vía contenciosa, el proyecto de 1886 lo formula en su artículo 68. Dicho precepto prescribe que «la sala cuarta del Tribunal Supremo y las Audiencias podrán acordar, oído el Fiscal, la suspensión de las resoluciones en vía contenciosa cuando no afecte al servicio público y la ejecución pueda ocasionar daños irreparables, exigiendo fianza de estar a las resultas el que hubiese pedido la suspensión. Si el Fiscal se opusiese a la suspensión, fundado en que de ésta puede seguirse el perjuicio al servicio público, no podrá llevarse a cabo sin acuerdo del Gobernador o del Gobierno, según que la suspensión haya de decretarse por las Audiencias o por la sala cuarta del Tribunal Supremo».

Del precepto transcrito se pueden deducir algunas consideraciones que configuran el régimen de la suspensión contenciosa del acto administrativo. A saber:

1. La suspensión del acto administrativo en vía contenciosa tiene tres condiciones:

a) Necesidad de oír al Fiscal ^{70 bis}.

b) Que la medida suspensiva no afecte a los servicios públicos, cláusula que inequívocamente da preeminencia a la consideración del interés público.

⁷⁰ Vid MARTIN REBOLLO, «El proceso de elaboración. .», *op cit*, pág. 72. Afirma dicho autor que «el proyecto SAGASTA será el punto de apoyo esencial para elaborar la Ley de 1888».

^{70 bis} Sobre la figura del Ministerio Fiscal vid, por todos, GUASP, «Administración de justicia y derechos de la persona», *Revista de Estudios Políticos*, septiembre-diciembre 1944, págs 80 y ss, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, «El Ministerio Fiscal en España» (*Notas para una futura construcción de dicha figura y estudio de su posición en el Derecho Procesal español*), Madrid, 1977, Separata de Documentación jurídica, RODRÍGUEZ DEL BARCO, «Compendio de Derecho Judicial», Madrid, 1962, págs. 265 y ss. Y especialmente, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La defensa en Derecho del Estado», Madrid, 1985.

c) Que la ejecución del acto administrativo pueda ocasionar daños irreparables.

2. La caución es necesaria para todos los casos en que el Tribunal acuerde la concesión de la suspensión.

3. La indiscutida posición privilegiada de la autoridad gubernativa en caso de que el Fiscal estime que la suspensión pueda ocasionar perjuicios al servicio público. En este caso decide, no el tribunal que emitirá el informe pertinente, sino el órgano autor del acto. Es decir, el criterio judicialista cede cuando la suspensión a juicio del Fiscal, ocasione daños al servicio público.

El proyecto es tomado en consideración por el Congreso de los diputados, para lo cual se nombra una Comisión que habría de elevar dictamen sobre el que se discutirían en el Congreso las enmiendas de los diputados, y más tarde, aprobar por artículo dicho dictamen.

El dictamen fue elaborado por SANTAMARIA DE PAREDES y constituye «el punto de partida definitivo de la Ley jurisdiccional», siendo una obra de armonización de las diferentes corrientes doctrinales acerca de la naturaleza de la jurisdicción contencioso administrativa ⁷¹.

El artículo 76 del dictamen es el que reguló la suspensión en estos términos.

«Los tribunales contencioso administrativos podrán acordar, oído el defensor de la Administración, la suspensión de las resoluciones reclamadas en la vía contenciosa cuando la ejecución pueda ocasionar daños irreparables, exigiendo fianza de estar a resultas al que hubiera pedido la suspensión. Si el defensor de la Administración se opusiese a la suspensión, fundado en que de ésta pueda seguirse perjuicio al servicio público, no podrá llevarse a efecto sin acuerdo del Gobernador o del Gobierno, según que la resolución reclamada proceda de la Administración local o de la central, los cuales expondrán como fundamento de su acuerdo las razones que aconsejen tal medida. Cuando de la suspensión de las resoluciones de que trata el párrafo anterior puede seguirse menoscabo al servicio público, se limitará el Tribunal a dar

⁷¹ Vid MARTÍN REBOLLO, «El proceso. .», *op. cit*, pág 32

curso a las pretensiones de suspensión, elevándolas con su informe al Ministerio o autoridad a quien incumba resolverlas»⁷².

Muy poca es la diferencia entre este precepto y su homónimo del proyecto SAGASTA: sólo se modifica el titular de la defensa de los intereses del Estado.

Una vez aprobado el dictamen del Congreso, el 23 de diciembre de 1887, se envía al Senado en cumplimiento de lo mandado por la Ley de 19 de julio de 1887⁷³. A continuación, el Senado elabora un nuevo dictamen, cuyo artículo 100 es una fiel reproducción del artículo 100 de la Ley de SANTAMARIA DE PAREDES.

Por virtud de la citada Ley de relaciones entre el Congreso y Senado de 1887⁷⁴, se nombra una comisión mixta que publica su dictamen el 2 de julio de 1888. Más tarde se discute el dictamen y, una vez aprobado en el Congreso y Senado, se presenta a la reina el proyecto, que a los dos días sanciona como Ley, ordenando su publicación como tal. Ley que se promulgó en San Sebastián el 13 de septiembre de 1888, publicándose en la Gaceta de Madrid al día siguiente⁷⁵.

B) La suspensión en la Ley de 13 de septiembre de 1888 y en su reglamento de 1890^{75 bis}.

La suspensión del acto administrativo en vía contenciosa se encuentra en el artículo 100 que, como ya se adelantó, es una copia literal del artículo 76 del dictamen del Congreso, como fácilmente se deduce de su formulación al decir que «los tribunales de lo contencioso administrativo podrán acordar, oído el fiscal,

⁷² Mientras que el proyecto se orientaba hacia una clara judicialización de la jurisdicción contenciosa, el dictamen abandona decididamente esta dirección. Así, la existencia de un tribunal superior de lo contencioso administrativo y la creación de unos tribunales contenciosos regionales, implica un cierto equilibrio entre el sistema judicialista y el administrativo (vid. los artículos 10, 11 y 14 del dictamen).

⁷³ Vid. artículo 9 de dicha Ley.

⁷⁴ Así, el artículo 10 de la Ley de 19 de julio de 1887.

⁷⁵ Cfr. MARTIN REBOLLO, «El proceso...», *op. cit.*, pág. 33.

^{75 bis} Cfr. ARREDONDO, «Ley de lo Contencioso Administrativo», Madrid, 1888, BRAVO, «Jurisdicción Contencioso Administrativa: Comentarios a la Ley de 13 de septiembre de 1888», Madrid, 1888, CISNEROS, «La práctica de la Ley de lo Contencioso Administrativo de 1888», Madrid, 1890, MACAYA Y ANGUERA, «Legislación y jurisprudencia sobre la materia y el procedimiento contencioso administrativo», Madrid, 1893.

la suspensión de las resoluciones reclamadas en la vía contenciosa, cuando la ejecución pueda ocasionar daños reparables, exigiendo fianza de estar a resultas el que hubiera pedido la suspensión. Si el Fiscal se opusiese a la suspensión, fundado en que de ésta pueda seguirse perjuicio al servicio público, no podrá llevarse a cabo sin acuerdo del Gobernador o del Gobierno, según que la resolución reclamada proceda de la Administración local o provincial o de la central, los cuales expondrán como fundamento de su acuerdo las razones que aconsejen tal medida. Cuando de la suspensión de las resoluciones de que trata el párrafo anterior pueda seguirse menoscabo al servicio público, se limitará el tribunal a dar curso a las resoluciones de suspensión, elevándolas con su informe al Ministerio o autoridad a quien incumba resolverlas».

Esquemáticamente, pueden destacarse seis aspectos del precepto transcrito:

a) Los Tribunales de lo contencioso gozan de una limitada discrecionalidad para resolver los incidentes de suspensión ⁷⁶.

b) El Fiscal, como defensor de los intereses del Estado, en caso de oponerse a la suspensión sobre la base de irrogar ésta perjuicio para el servicio público, deberá evacuar el correspondiente informe haciendo constar tales extremos ⁷⁷.

c) Constituye un presupuesto necesario para que tenga lugar la suspensión a juicio del tribunal, que la resolución impugnada pueda ocasionar daños irreparables.

d) La suspensión podrá solicitarla, según el sentido del artículo 100, cualquier persona física o jurídica.

e) En caso de la concesión de la suspensión, el beneficiario de la misma deberá constituir la oportuna fianza.

f) El órgano competente para conceder de la solicitudes de

⁷⁶ La limitación de ésta facultad de la Administración viene en el párrafo tercero de dicho artículo 100

⁷⁷ Tal y como comenta DE PASO Y DELGADO en su «Exposición histórico exegética de la teoría de los procedimientos contenciosos en España y de sus posesiones de ultramar», Madrid, 1899, pág. 313. «Debe notarse () la enorme importancia, que no creo excesiva, si bien muchos no son de mi opinión, concedida por la novísima Ley al Ministerio Fiscal, no solamente en lo que toca a la suspensión de las resoluciones gubernativas reclamadas ().»

suspensión es el tribunal de lo contencioso como regla general. Ahora bien, siguiendo también la tradición de la injerencia de la autoridad gubernativa en orden a la concesión-denegación del incidente, la oposición fundada del Fiscal a la suspensión implica «*ipso iure*» que la exclusiva competencia para decidir sobre la suspensión recaiga en la autoridad gubernativa, limitándose «el tribunal a dar curso a las pretensiones de suspensión, elevándolas con un informe al Ministerio o autoridad a quien compete resolverlas» (artículo 100 *in fine*).

DE PASO Y DELGADO se planteó si el Gobierno podía, por sí, decretar la suspensión de las providencias recurridas en vía contenciosa. Con buen criterio este autor afirma que «no cabe duda que en el artículo 100 de la Ley de septiembre de 1888, nunca puede, por sí, el Gobierno acordar la suspensión de que se trata y más bien, cuando el Fiscal se opone a ella y su oposición impide que la decrete el tribunal, se reservará a aquél decidir esa como discordia; siendo lógico que así como está facultado para ordenar que no se suspenda el cumplimiento de la resolución gubernativa objeto del recurso contencioso, así también lo está para disponer lo contrario, sino media peligro de que el servicio público sufra menoscabo, y quizá ofrezca inconvenientes a la ejecución»⁷⁸.

Puede, pues, afirmarse que solamente en el supuesto ya comentado de oposición justificada del Fiscal —por considerarla atentatoria del servicio público— es lícito que la autoridad gubernativa disponga de auténtica competencia para resolver el incidente de suspensión.

El 29 de diciembre de 1980 se aprueba el reglamento general para la ejecución de la Ley de 13 de septiembre de 1888, reguladora del procedimiento al que debe ajustarse la sustanciación de los asuntos de lo contencioso administrativo y sus incidentes, y en el que a lo largo de los artículos 187 a 193 se desarrolla el artículo 100 de la Ley. Así, por ejemplo, el artículo 187 establecía que la resolución sobre la suspensión no era susceptible de recurso alguno⁷⁹. En los artículos 188 a 191 se regulan algunas cues-

⁷⁸ DE PASO Y DELGADO, «*Exposición histórico.* », *op cit*, pág 315

⁷⁹ En este sentido, una del TS de 16 de septiembre de 1892 declara que «al

tiones de tipo procesal. En este sentido, el artículo 188 establecía que «la suspensión puede pedirse en cualquier estado del pleito, antes de estar señalada la vista, pero los plazos, cuyo transcurso lleva consigo la pérdida de un derecho, no suspenderá por aquel motivo. Tampoco podrá suspenderse la vista si estuviese señalada».

En todo caso, cuando el tribunal lo estime oportuno, podrá disponer que se forme una pieza separada, para sustanciar y resolver el incidente de los efectos de la Real Orden.

«En los pleitos que se encuentren en grado de apelación, sólo podrá pedirse la suspensión al tribunal superior»⁸⁰. Por último,

consignar el artículo 100 de la Ley que los tribunales de lo contencioso administrativo pueden acordar la suspensión de las resoluciones reclamadas, inviste a los mismos de una facultad que somete a un criterio especial, por lo que su ejercicio no debe lastimar derecho alguno preestablecido de la parte, y por tanto, motivar la alzada ante el superior jerárquico, por cuya razón el tribunal local no debió admitir la apelación contra el auto en que se denegó, tanto más, cuanto que el perjuicio alegado por el apelante con la ejecución del acuerdo administrativo, afectaba a intereses de un particular, que en su caso podrían ser apreciados o indemnizados» (citado por MACAYA Y ANGUERA, «*Legislación y jurisprudencia sobre la materia y el procedimiento contencioso-administrativo*», Madrid, 1893, pág 484

⁸⁰ En la s. del TS de 19 de diciembre de 1892, se estableció que «la suspensión de la resolución impugnada, que se pretende en la súplica de la demanda, tiene trámites especiales en la Ley y el reglamento, y si bien hubiese podido dar lugar en ese caso a una petición incidental, que no se ha formulado, no puede ser objeto de fallo que en la sentencia se pronuncie» Por una parte el artículo 189 alude a que «en los pleitos que se encuentre en grado de apelación, sólo podrá pedirse la apelación al tribunal superior», el 190 solicita que «si hubiera coadyuvante será oído sobre la suspensión» El 191 parece que tiende a dificultar la concesión de las suspensiones, ya que «los representantes de la Administración ante los tribunales provinciales no podrán allanarse a la suspensión, sin pedir y obtener autorización del fiscal de lo contencioso administrativo». Los artículos 192 y 193 regulan la fianza en los siguientes términos. «La fianza a la que se refiere el párrafo primero del artículo 100 de la Ley (en el texto refundido de 1952 el artículo 107), consistirá necesariamente en metálico o valores del Estado, a precio de cotización del día en que la suspensión se acuerda, y se constituirá en el establecimiento público que el tribunal designe» (artículo 192), señalando además que «el acuerdo de suspensión no se llevará a efecto hasta que la fianza, en la cuantía que el tribunal designe, esté constituida y acreditada en autos con el oportuno resguardo». Y el 194 remite en sede de ejecución de la suspensión, a la ejecución de las sentencias ya que «acordada por el tribunal la suspensión de una resolución administrativa, se lo participará a la autoridad que lo haya dictado, siendo apli-

el 194 remite a la ejecución de sentencias al decir que «acordada por el tribunal la suspensión de una resolución administrativa, se lo participará a la autoridad que lo haya dictado, siendo aplicable a los acuerdos de suspensión los artículos 83 a 87 de la Ley (que en el texto refundido de 1952 son los artículos 91 a 95), sobre las sentencias en cuanto lo permita la índole del incidente».

10. 1894-1956 APROXIMACIONES A LA REGULACIÓN ACTUAL

El 22 de junio de 1894, se publica un Decreto por el que se reforman varios artículos relativos a la Ley de 1888 y al reglamento de 1890, pero que en nada afectan a la regulación de la suspensión.

La Ley de 1888, que atribuyó las funciones de tribunal contencioso-administrativo al Consejo de Estado, fue posteriormente modificada por la Ley MAURA de 5 de abril de 1904, por la que se desvincula ya definitivamente el citado órgano de control de la actuación administrativa, trasladando sus competencias al Tribunal Supremo⁸¹. Más tarde, el Estatuto Municipal de CALVO SOTELLO, de 8 de marzo de 1924, crea un procedimiento especial para las Corporaciones Locales, que tiene gran interés desde la perspectiva del acto administrativo local⁸².

La Guerra Civil supone la suspensión de la Ley de 1888. Se promulga entonces una Ley de 27 de agosto de 1938, que en 1944 es sustituida parcialmente por la de 1888.

A pesar de estas modificaciones legislativas, la regulación de la suspensión del acto administrativo en vía contenciosa se contiene en el artículo 107 del texto refundido de 1952, precepto que

cable a los acuerdos de suspensión los artículos 83 a 87 de la Ley sobre las sentencias, en cuanto lo permita la índole del incidente»

⁸¹ Vid VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA, «Principios de Derecho Administrativo», Madrid, 1982, pág 263, GARRIDO FALLA, «La evolución del recurso contencioso . », *op cit.*, NIETO, «Los orígenes de lo contencioso administrativo en España», RAP, n ° 50, págs 27 y ss , T R. FERNÁNDEZ, «Sobre la planta de la jurisdicción contencioso administrativa», RAP, n ° 81

⁸² MARTIN-RETORNILLO GONZALEZ, «La suspensión de los actos administrativos por los Tribunales de lo Contencioso», Madrid, 1961, pág. 47.

es, ni más ni menos, que el artículo 100 de la Ley SANTAMARIA DE PAREDES con una nueva numeración.

El Tribunal Supremo, desde principios de siglo, ha venido interpretando este precepto introduciendo algunos cambios importantes y, confirmando en la mayoría de los casos la doctrina tradicional. Se afirmó claramente la ejecutividad como propiedad de los actos administrativos, tal y como puede contemplarse, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1901 y de 27 de mayo de 1905. La autoridad competente para resolver los incidentes en materia de suspensión, son los tribunales de lo contencioso administrativo que tenían jurisdicción para «la apreciación de las circunstancias precisas en orden a acordar o no la suspensión»⁸³.

Además, tampoco se puede olvidar que también la jurisprudencia admite la intervención de la autoridad gubernativa en la resolución de la solicitud de suspensión porque «acordada por el Gobernador Civil la suspensión de cierta providencia, compete exclusivamente al orden administrativo jerárquico las disposiciones para dar efectividad al acuerdo suspensivo, concediendo en consecuencia los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa de competencia para actuar sobre aquello»⁸⁴.

La intervención del Ministerio Fiscal es muy importante, ya que en la esfera municipal «si se decreta la suspensión sin audiencia del Ministerio Fiscal se incurre en un vicio sustancial determinante de la nulidad de lo actuado»⁸⁵.

La doctrina del Tribunal Supremo alude también a los requisitos esenciales de la suspensión de los actos administrativos en vía contencioso administrativa:

- a) Que el acto administrativo cause estado⁸⁶.

⁸³ Vid. a. del TS de 7 de febrero de 1933.

⁸⁴ Vid. a. del TS de 6 de noviembre de 1935, en el que se trata de la petición de suspensión de la rescisión de un contrato sobre aprovechamiento de mármol en determinado monte, contrato anteriormente otorgado por la Corporación municipal demandada a favor del particular que insta la medida suspensiva: el motivo de la interposición del recurso contencioso y de la suspensión se cifraba en que la ejecución de dicho acuerdo le ocasionaba «perjuicios gravísimos, sin indemnización posible».

⁸⁵ Cfr s del TS de 8 de octubre de 1927

⁸⁶ Vid. a del TS de 3 de mayo de 1928

b) Que la ejecución de la providencia o acto administrativo cause daños irreparables⁸⁷. En este punto hay que señalar como nuestro alto Tribunal ha ido extendiendo el campo de aplicación de los «daños irreparables» hacia la «dificultad o imposibilidad» de reparación que luego establecerá la Ley de la jurisdicción de 1956 en su artículo 122⁸⁸. Además la doctrina del Tribunal Supremo fue configurando una serie de criterios hermenéuticos acerca de lo que debe entenderse por «dificultad o imposibilidad de reparación»:

—«no son de imposible o difícil reparación los daños causados o que puedan causarse con la no suspensión de un acuerdo, si sin dificultad alguna pueden ser retrasados y apreciados los perjuicios que se irroguen con su ejecución»⁸⁹.

—«no son daños irreparables aquellos que sin dificultad alguna pueden ser apreciados, y tasados los perjuicios que se irroguen...»⁹⁰.

—«no procede la suspensión si el daño es evaluable económicamente, en virtud del principio de solvencia del Estado»⁹¹.

⁸⁷ Cfr. a del TS de 23 de mayo de 1928, 13 de enero de 1931, 22 de junio de 1932, y de 16 de abril de 1936. Así, por ejemplo, el a de 22 de junio de 1932, en materia de suspensión de un acto administrativo local de contenido económico estableció que «con arreglo al artículo 261 del Estatuto Municipal, la suspensión de efectos de las resoluciones administrativas reclamadas en la vía contencioso administrativa sólo será acordada cuando sea necesaria para evitar grave perjuicio de reparación imposible o difícil», más adelante, «que no revisten del carácter de imposible o difícil reparación según la constante jurisprudencia de esta Sala, aquellas resoluciones administrativas en que sin dificultad alguna pueden ser apreciados y tasados los perjuicios que se irrogan con su ejecución...»

⁸⁸ La evolución jurisprudencial aludida puede observarse en algún a del TS. Así, el de 7 de febrero de 1933 establece «que la posibilidad de acordar la suspensión de las resoluciones recurridas autorizadas por la Ley de la jurisdicción, sólo para el caso de que su ejecución ocasionara daños irreparables, ha sido extendida, por virtud del artículo 261 del Estatuto Municipal, precepto declarado subsistente y que hoy tiene también fuerza y carácter de Ley, cuando esa suspensión sea necesaria para evitar grave perjuicio de reparación imposible o difícil». En este sentido vid también otros a del TS 3 de enero de 1936 y 2 de octubre de 1941.

⁸⁹ Vid a del TS de 8 de enero de 1913 y de 22 de junio de 1932.

⁹⁰ Vid. a del TS de 23 de mayo de 1932 así como la selección de jurisprudencia realizada por MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, «*La suspensión...*», *op. cit.*, págs. 118 y ss.

⁹¹ Vid a. del TS de 13 y 20 de abril de 1931.

La consideración del interés público como elemento fundamental en la resolución de los incidentes de suspensión, constituye en opinión del Tribunal Supremo «un límite a tener en cuenta ya que la suspensión no debe irrogar menoscabo o perjuicio al servicio público»⁹².

La cuestión de la fianza o caución fue igualmente objeto de pronunciamientos por parte de la jurisprudencia.

—«Se exigirá afianzamiento cuando sea racional presumir que la suspensión ha de ocasionar daños y perjuicios»⁹³.

—«El requisito de la prestación de fianza reducido a una facultad del Tribunal»⁹⁴.

Un dato que ayuda a entender las profundas transformaciones que trae consigo la Ley de 1956 trae su causa del decidido cariz judicialista⁹⁵. En este sentido GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ han descrito que «esta judicialización decidida y compleja de la jurisdicción se ha querido hacer compatible con la especialización que reclaman las peculiaridades propias del Derecho Administrativo, con el fin de evitar una de las causas más visibles del fracaso de la normativa de 1888-1894»⁹⁶.

⁹² Vid. a. del TS de 10 de junio de 1927 y de 26 de febrero de 1929

⁹³ Cfr a del TS de 7 de febrero de 1933 y de 22 de junio de 1936

⁹⁴ Cfr a del TS de 13 de abril de 1931. El carácter discrecional de la constitución de la fianza aparece claramente establecido en otra parte del auto en cuestión «que a tenor de lo dispuesto en el artículo 261 del Estatuto Municipal, los tribunales de cualquier jurisdicción que tramiten recursos contra acuerdos impugnados, podrán acordar su suspensión, cuando sea necesario para evitar grave perjuicio de reparación imposible o difícil, pudiendo el tribunal exigir afianzamiento suficiente, cuando sea racional presumir que la suspensión ha ocasionado daños y perjuicios »

⁹⁵ En el título II de la exposición de motivos se dice precisamente que «la Ley es judicialista, siguiendo la orientación que impulsó la de abril de 1904, en cuanto confía la jurisdicción contencioso administrativa a verdaderos tribunales encuadrados en la común organización judicial e integrados por Magistrados profesionales ()» Sobre este tema pueden consultarse algunos estudios sobre la Ley ALVAREZ-GENDIN, «Teoría y práctica de lo contencioso administrativo en la nueva Ley», Barcelona, 1960, GASCÓN Y MARÍN, «El nuevo régimen jurídico de la jurisdicción contencioso administrativa», Revl, n.º 91, 1957, págs 34-50, MENDOZA OLIVAN, «La jurisdicción contencioso administrativa», DA, n.ºs 78-79, 1964, págs 114-122

⁹⁶ Vid GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ RODRÍGUEZ, «Curso de Derecho Administrativo», Madrid, 1983, II, pág 493. En el mismo sentido, ROYO-VILANOVA y FER-

Esta clara perspectiva judicialista llevará a otorgar la exclusiva competencia para la tramitación y resolución de las solicitudes de suspensión a los tribunales de lo contencioso, aunque «si el Abogado del Estado se opusiera a la misma fundado en que ésta pueden seguirse graves perturbaciones a los intereses públicos, que concretará, no podrá el tribunal acordarla sin que previamente informe el Ministerio o autoridad de que procediese el acto o la disposición del recurso» (artículo 123 de la LJCA). Se han intercambiado los papeles puesto que, mientras que en la Ley de 1888 el informe, en caso de oposición fundada del Fiscal, lo evacuaba el tribunal y resolvía la autoridad gubernativa, ahora, para este mismo caso, resuelve el tribunal y eleva su informe la autoridad gubernativa.

El artículo 122 suprime la discrecionalidad del tribunal en orden a la concesión-denegación de la suspensión ya que «procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil». Se contempla claramente el carácter no suspensivo de la interposición del recurso contencioso puesta que «la interposición del recurso contencioso administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto, o la disposición objeto del mismo (...)»

Igualmente el legislador de 1956 hace suya la orientación jurisprudencial apuntada en orden a la extensión de lo que se entienda por daños irreparables al establecer que «la suspensión exige que la ejecución del acto ocasione daños o perjuicios de reparación imposible o difícil»⁹⁷.

NÁNDEZ-CAVADA, «Principales innovaciones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa», en ESTUDIOS PÉREZ SERRANO, págs. 264-269; GONZÁLEZ PÉREZ, «Ley de la jurisdicción contencioso administrativa», Madrid, 1957; GASCÓN y MARIN, «El nuevo régimen jurídico de la jurisdicción contencioso administrativa», REVL, n.º 21, 1957, págs. 34-50.

⁹⁷ Vid. en este sentido el a. del TS de 14 de abril de 1978 en el que se afirma «que como resultaría excesivo que este privilegio (ejecutividad) tuviera un imperio absoluto e indiscriminable y ejerciera un dominio en toda hipótesis, el legislador no tuvo más remedio que atenuar su rigidez, permitiendo ya en la Ley de 1894 (art. 100), que los tribunales pudieran dejar en suspenso la ejecución del acto administrativo residenciado jurisdiccionalmente, aunque sólo en el supuesto de preverse que de tal ejecución pudieran derivarse perjuicios irreparables, excepción ésta que fue ampliada posteriormente, empezando en el ámbito, en el que, primero en el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 (art. 261) y luego en la

En el párrafo 4 del artículo 123 se introdujo una disposición relativa a «los recursos que las corporaciones locales interpongan antes las salas de lo contencioso administrativo de las Audiencias Territoriales contra acuerdos de las Delegaciones de Hacienda sobre aprobación o modificación de las ordenanzas de exenciones»⁹⁸. También en este mismo precepto se contempla la necesidad de que el peticionario de la suspensión, si de ella se derivan daños o perjuicios a los intereses públicos o de tercero, deposite caución suficiente.

Por último el artículo 125 remite en toda la materia relacionada con la ejecución de la suspensión a las normas que regulan la ejecución de las sentencias.

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

Profesor titular de Derecho Administrativo Universidad de la Laguna

Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 (art. 232), se permitió también la suspensión, cuando el acto pueda ocasionar un daño de difícil reparación, rematándose esta tendencia en nuestra Ley Jurisdiccional de 1956, al comprender ambos supuestos, y con un ámbito general, en el párrafo 2 de su citado art. 122» En la misma línea, vid. los a., también del TS, de 18 de diciembre y de 8 de julio de 1981. Fue precisamente en el ámbito local, pues, por donde comenzaron a matizarse las rígidas consecuencias que se producían al permitir el juego de la medida suspensiva sólo en el caso de que la ejecución del acto ocasionara exclusivamente daños irreparables.

⁹⁸ En la actualidad, vid. los artículos 106 y 107 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

A ADMINISTRAÇÃO E O DIREITO NÃO OFICIAIS NO SISTEMA POLÍTICO DO ANTIGO REGIME

1. A CRISE DO PARADIGMA «ESTADUALISTA»

A história do direito e da administração tem sido, praticamente desde a sua origem, dominada pelo «paradigma estadualista» de organização do poder político. Isto tem-na impedido de valorizar correctamente o pluralismo, quer dos sistemas políticos e jurídicos pre-iluministas, quer dos pertencentes a áreas culturais diferentes da europeia. Mas, sobretudo, tem-na feito ignorar tudo aquilo que, na organização do poder, decorre sem qualquer chancela, directa ou indirecta, do direito e do poder oficiais.

Assim, os fenómenos ou relações de poder que existam à margem do mundo «oficial» são equiparados ao abuso, à corruptela, à ignorância. E, se são estudados pelos historiadores do poder e do direito, são-no como fenómenos de «não-direito», como resistências que «o direito» teve que vencer e a que teve que se impor.

Isto é particularmente verdade quanto à historiografia das épocas moderna e contemporânea onde domina uma imagem de precoce centralização do poder e de genérica recepção do direito erudito romano-canónico. Uma coisa e outra teriam reduzido as particularidades da administração autónoma das comunidades locais e imposto, também aí, as matrizes do poder oficial (A. M. Hespanha, 1984).

A última década tem sido, neste campo, um tempo de mudança.

A primeira contribuição tem vindo da própria crise do paradigma estadualista, tanto no plano político («questão regional», movimentos autonomistas), como no plano ideológico (crítica neo-liberal ao estatismo, pós-modernismo) ou da teoria política

(«micro-física do poder», M. Foucault; «capilaridade do poder», F. Guatteri).

Depois, também a antropologia política e jurídica sobretudo a partir do estudo dos problemas postos aos países não europeus pela importação dos modelos políticos e jurídicos das potências colonizadoras tem estudado intensamente a questão dos direitos tradicionais (não estatais, não oficiais) e das suas relações com os direitos oficiais (cf. U.N.E.S.C.O., «Réunions d'experts... sur les conditions de transfert des connaissances», Venise, 26-30/06/1978).

Finalmente, no domínio da sociologia do direito e da política da justiça, as correntes mais modernas têm vindo a valorizar, na esteira das sugestões da sociologia jurídica dos princípios do século (E. Durkheim, E. Ehrlich), os mecanismos não estatais de regulação e de composição dos conflitos («justice in many rooms», M. Galanter). E isto não apenas nas sociedades «tradicionais» (R. Abel) ou nas zonas periféricas das sociedades «desenvolvidas» (Boaventura S. Santos, 1979, 1985, V. Gessner, 1976), mas no centro mesmo das sociedades pós-industriais (E. Blankenburg, 1979; R. Voigt, 1983; M. Galanter, 1984; Boaventura S. Santos, 1982).

No domínio da historiografia jurídica, foram os historiadores da justiça (J. Bossy, 1983; B. Schnapper, 1979; C. Kayser, 1980, Chr. Wollschlager, 1982; N. Castan, 1980; G. Spittler, 1980; R. Kagan, 1981) os primeiros a compreender o alcance fundamental desta perspectiva. Sobretudo porque ela vinha fornecer a resposta para algumas questões que o progresso da investigação histórica neste domínio ia colocando. Em primeiro lugar, a constatação da baixa percentagem de conflitos resolvidos pelo sistema judicial oficial, tanto ao nível das primeiras instâncias, como ao nível das instâncias de recurso; o que apontava para a alargada vigência e eficácia social de outros sistemas de resolução de conflitos. Em segundo lugar, as disparidades regionais e epocais no recurso à justiça oficial, indiciando que este recurso estava condicionado por factores sociais que tanto comutavam no sentido da recurso aos tribunais formais como no sentido de uma resolução dos conflitos no seio de instâncias autónomas de composição social. Finalmente, a distinção, que se ia tornando clara, entre litigiosidade formal e conflitualidade social; o que contribuiu

para ir estabelecendo a ideia de que uma forte conflitualidade social pode ser absorvida por procesos autónomos de composição e não obter tradução nas estatísticas dos tribunais oficiais.

O tratamento historiográfico desta questão requer, no entanto, uma metodologia especial. Na verdade, as fontes tradicionais da história do direito, nomeadamente as fontes legislativas e literárias, são elas mesmas dominadas pelo preconceito da exclusividade do direito e do poder oficiais. Assim, a doutrina jurídica moderna silencia quase por completo o mundo do direito e justiça não oficiais ou dá dele uma imagem francamente distorcida (A. M. Hespanha, 1983). Por outro lado e agora no plano das condições materiais de produção historiográfica dominava aqui quase absolutamente um sistema de comunicação oral, pelo que os seus vestígios arquivísticos são quase inexistentes.

É por isso que os trabalhos que procuram abordar o poder e o direito não formais têm que escolher metodologias (vias de acesso, tipos de raciocínio histórico e processos de comprovação) diferentes dos da historiografia jurídico-política tradicional.

Uma delas é o recurso a tipologias de organização social e institucional que, conhecida a estrutura global do sistema social, nos permitam extrapolar para as características do sistema político-administrativo e jurídico-judicial. Nesta perspectiva, tem especial interesse a tipologia weberiana (sociedades modernas, dominada por estruturas legal-rationais de legitimação, v. sociedades tradicionais, dominadas por estruturas tradicional-patrimoniais de legitimação) (M. Weber, 1922). Esta tipologia foi, posteriormente, enriquecida com o estudo das «sociedades camponesas» (Th. Shanin, 1971) e, para fins mais próximos dos que aqui nos interessam, adaptada à descrição de tipos fundamentais de organização jurídico-judicial (R. Abel, 1973, 1979).

Outra metodologia consiste numa leitura «sintomal» da literatura jurídica, menos voltada para aquilo que ela diz expressamente do que para o que ela esconde ou reprime. Uma leitura que, sobretudo, não se deixe iludir pelos clichés sobre o carácter dominante do direito oficial e correspondente carácter minoritário e socialmente insignificante do «direito dos rústicos» e que consiga detectar a importância efectiva deste último através dos institutos pelos quais o direito oficial o tenta integrar no seu sis-

tema, nomeadamente, *iura* ou *privilegia rusticorum*, *compromissum* e *arbitrium* (A. M. Hespanha, 1983a).

A terceira via de acesso ao sistema político-jurídico não oficial é a da literatura não jurídica.

Uma última técnica de abordagem do mundo do direito tradicional, esta mais voltada para a despistagem das assimetrias regionais da sua vigência, é a utilização de métodos estatísticos que, partindo da hipótese (largamente admitida na actual sociologia judiciária) de uma relação entre a «abertura» da vida económica e o progresso da justiça oficial (J. J. Toharia, 1974), procurem detectar zonas onde esta relação se apresente como mais fraca. Estas variações da relação «abertura da economia-procura da justiça oficial» serão então imputadas a factores de ordem não económica (nomeadamente, à vivacidade dos mecanismos comunitários de regulação social e de resolução de conflitos) (A. M. Hespanha, 1983b).

O mundo da administração e direito não oficiais radica nas estruturas políticas tradicionais. O seu fundamento é a ordem político-social das antigas comunidades locais, que faz delas mais do que um conjunto de indivíduos habitando un mesmo espaço; explicitando melhor e usando uma fórmula de F. W. Maitland, que faz delas «um corpo organizado», uma «comunidade»; os seus modelos são os do poder patriarcal da antiga sociedade europeia (R. Abel, 1973; A. M. Hespanha, 1983a).

Expostas de forma muito resumida, são as seguintes as características do mundo jurídico-político não oficial (Boaventura S. Santos, 1979; A. M. Hespanha, 1983a):

(i) Capacidade reduzida de recurso à coação, pelo que as decisões se apoiam fundamentalmente sobre o assentimento das partes.

(ii) Institucionalização por meio de órgãos pouco especializados e não burocráticos (nomeadamente, não profissionais e não letrados); mas, em contrapartida, decalcados nos equilíbrios políticos profundos da comunidade e, por isso, dotados de um grande prestígio social.

(iii) Flexibilidade processual, quer quanto ao recorte do caso *sub iudice*, quer quanto à legitimidade para intervir na discussão.

(iv) Grande facilidade no acesso à justiça.

(v) Oralidade.

(vi) Normas vagas, particularizáveis, que possibilitam o seu afinamento no decurso da discussão e uma alargada margem de negociação.

(vii) Decisões de tipo compromissório ou de mediação, em que nenhuma das partes é completamente sacrificada.

Por contraposição, podem-se concluir quais os traços do sistema jurídico moderno.

Cualquer destes dois sistemas de organização social e jurídica constitui um modelo abstracto, desprovido de tradução empírica. Um e outro são formas abstractas obtidas por um processo que, primeiro, simplifica a realidade e a reduz aos seus elementos estruturais típicos e, depois, tira da matriz estrutural as consequências que decorrem da sua lógica interna. Eles representam, portanto, tendências de evolução ou formas limite de organização das sociedades histórico-concretas. Sendo estas duas matrizes de organização social tipos ideais, elas funcionam, nas sociedades modernas e contemporâneas europeias, como paradigmas muitas vezes coexistentes e concorrentes de organização jurídico-administrativa, cada um deles apoiado nas suas estruturas institucionais próprias, cada um deles servindo os interesses de grupos sociais e políticos diferentes.

Por outro lado, o antagonismo entre as práticas jurídicas tradicionais e aquelas que se desenvolvem no plano do direito oficial não deve fazer perder de vista que entre elas se produzem relações que não são de total oposição: quer a lei, quer os processos do direito erudito, podem ser recibidos pelo direito tradicional. Mas esta recepção modifica as regras da sua utilização na prática e no discurso jurídicos. As instituições e as fórmulas doutrinárias do direito erudito e oficial deixam de constituir critérios decisivos e autoritários de «invenção» da solução jurídica, passando antes a funcionar como (mais) um tópico ao lado de outros, num sistema argumentativo cuja estratégia é a de obter uma solução consensual.

Dos factores que promoviam o sistema do direito oficial, podemos destacar os seguintes:

a) a dissolução das comunidades tradicionais, nomeadamente, pela modificação das condições de vida material, designada-

mente, a ruptura dos equilíbrios espaciais e demográficos e a modificação profunda das formas de vida económica (v.g., o trânsito de uma economia fechada e de auto-consumo para uma economia aberta e mercantil);

b) o prestígio político e social do direito oficial, nomeadamente pela expansão de um ideal cultural cientista e letrado;

c) as vantagens práticas do recurso ao direito oficial (nomeadamente, em sede de formalismo documental e de recurso).

Ao lado destes, há também factores que promovem o uso do direito local-tradicional:

a) a consonância dos valores, meios institucionais e estratégias de resolução de conflitos do direito tradicional com os fundamentos da vida colectiva das comunidades locais;

b) os interesses das elites locais;

c) os custos (em tempo e económicos) de utilização do direito régio;

d) o carácter inesperado e incerto das decisões do direito oficial.

É a acção combinada e muitas vezes contraditória de todos estes factores que há-de explicar o equilíbrio entre a litigiosidade oficial e a litigiosidade tradicional nas várias comunidades e nas várias épocas e, portanto, que há-de ajudar a explicar os perfis de evolução e as assimetrias regionais de índices de litigiosidade que apenas detectem os conflitos presentes aos tribunais oficiais.

O direito oficial e erudito não desconhecia totalmente esta realidade evidente da composição não oficial e não formal dos conflitos, procurando enquadrá-la por meio de certos institutos: reconhecimento, sob certas condições, de que a vida jurídica «dos rústicos» tinha regras específicas, correspondentes ao seu nível cultural que tanto era definido como a «ignorantia», como a bondade primitiva («pristina aut primaeva bonitas»); instituições como as do *compromissum* e do *arbitrium* (ou *iudicia arbitraria*), fomentados especialmente pelo direito canónico, que forneceram um enquadramento dogmático que permitia validar as decisões de conflitos proferidas por juízos não oficiais.

2. ADMINISTRAÇÃO CONCELIHIA E SISTEMA NÃO OFICIAL DE PODER

Em Portugal, ainda neste século e apesar do rolo igualitarizador e centralizador do Estado contemporâneo e da eficácia da tarefa de descaracterização cultural dos *mass media*, se puderam testemunhar sobrevivências dos sistemas político-administrativos tradicionais (raia transmontana, raia interior minhota, zonas isoladas nas regiões montanhosas da Beira). Com uma tal autonomia e capacidade de auto-ordenação que não faetou quem os apelidasse (com um certo exagero «comunitarista») de «estados independentes, com governo e legislação próprios, se bem que, naturalmente, submetidos à legislação geral do país, que até certo ponto lhes respeita o direito consuetudinário» (Jorge Dias, 1948).

Na época moderna, as experiências de sistemas não formais de justiça e de direito devem ter sido muito mais vulgares. A elas deveria corresponder a vida político-administrativa da maior parte das pequenas comunidades. Só que o direito oficial coonestara precisamente as práticas políticas e jurídicas tradicionais, reconhecendo («confirmando») as instituições comunitárias e encaixando-as em instituições previstas pelo direito oficial («juizes ordinários», «vereadores» (e «regedores»), juizes vintaneiros ou pedâneos, etc.). Tal como, no período colonial, os régulos e «notáveis» indígenas eram legitimados pelo colonizador com os títulos de administrador de posto ou de cipaio, ou com cargos militares de segunda linha.

Outras vezes, a organização comunitária, carecendo dum reconhecimento oficial, procurava apoio em formas de organização eclesial que, no entanto, tinham intervenção no domínio da vida civil. É o caso das «confrarias» religiosas, existentes, no séc. XVII, em muitas aldeias portuguesas, desempenhando funções de natureza civil.

No sistema português de administração local, o «juiz ordinário» compartilha de um estatuto que o coloca, quer em contacto com o mundo da justiça oficial, quer com o da justiça tradicional. Ele era, formalmente, um oficial régio, tal qualidade resultando da circunstancia de necessitar de confirmação real. As Ordenações obrigavam-no a aplicar o direito régio, disso se devendo certificar o corregedor na altura das residências. A ordem processual no seu tribunal devia ser a ordem do juízo comum esta-

belecida por lei, na qual se previa um largo recurso a forma escrita.

Mas, por outro lado, os juizes ordinários participavam também da natureza de magistrados tradicionais. E assim é que, no plano teórico, a definição do juiz ordinário como um oficial régio, não deixava de ser problematizada; mas sobretudo, no plano prático, a lei e a doutrina do direito comum desobrigavam largamente estes juizes locais de muitos dos seus deveres relativos à observância do direito oficial e do processo escrito. De facto, nem a lei, nem a doutrina, exigiam dos magistrados locais o conhecimento do direito escrito, nem mesmo (pelo menos até meados do séc. XVII) o saber ler e escrever.

Ainda em 1731, um pequeno concelho do médio litoral português porfia na eleição de um juiz analfabeto, ponderando que, doutro modo, a judicatura cairia na mão dos que sabiam ler «que se farião poderosos e soberbos» (A. M. Hespanha, 1986). É que, neste mundo de «lavradores e seareiros» que não sabiam ler nem podiam aprender «por andarem ocupados na lavoura» (ibid.), as letras dão um poder temido, fonte de falsidades e extorsões.

Poder de que é paradigmático o dos escrivães, em cujas mãos repousava a «fazenda, honra, e vida dos homens» e que, nesta época, concitam tanta animosidade, que, durante os tumultos portugueses de 1637, os seus cartórios são queimados.

3. A ESCRITA COMO SUPORTE DO SISTEMA POLÍTICO OFICIAL

Na verdade, a adopção da escrita como suporte do sistema de poder é tudo menos um facto meramente técnico. Ele origina, pelo contrário, transformações políticas e culturais importantíssimas (J. Goody, 1968, 1977, W. Ong, 1977, 1982): a escrita permite alargar o âmbito espacial do poder, vence o tempo, estabelece novos meios de prova e novos modelos de organização dos pleitos; mas sobretudo, a escrita introduz um factor de discriminação social, que virá a ser decisivo durante toda a época moderna: a distinção entre analfabetos e alfabetizados, marginalizando dos circuitos do poder oficial uma parte enorme da sociedade. Tal como a concentração dos meios de produção económica, a escrita origina uma forma de «proletarização cultural», expropriando os analfa-

betos de capacidade de intervir no processo político-administrativo e tornando-os dependentes dos que sabem ler e escrever.

A persistência do sistema não oficial de poder corresponde, assim, ao inverso do impacto e expansão da administração «escritural». É importante assentar neste princípio, pois ele permite calcular, por via indirecta, a inércia do sistema de poder não oficial.

4. CÁLCULO DA DIMENSÃO DOS MUNDOS OFICIAL E NÃO OFICIAL DO PODER

Tal cálculo baseia-se na avaliação da procura social da administração escrita, nomeadamente através dos emolumentos notariais que, no Antigo Regime, eram contados à linha ou à página.

A instituição do imposto das meias anatas (em 1632, mais tarde substituídos pelos «novos direitos») em Portugal, pelos reis da casa de Austria deixou-nos uma fonte importante para este efeito: os «livros de avaliação dos ofícios» (o primeiro de 1632, outros dos começos de séc. XVIII), em que aparecem registados os emolumentos de escrivães e notários de todo o Portugal.

A primeira questão a que estas fontes nos permitem responder é a da dimensão do grupo cliente da administração «escritural» e, logo, também do que permanecia ligado aos processos jurídico-políticos tradicionais.

Tentemos um cálculo. Sabemos que a soma dos emolumentos dos tabeliães (E) era, para todo o país, cerca de 34.000.000 rs. Sabemos, por outro lado, que cerca de 2/5 desta soma correspondiam a emolumentos «notariais» (N). Segundo as tabelas emolumentares da época, a cada lauda (25 linhas) (L) correspondiam 10 rs. de emolumentos fixos, mais uma pequena quantia por acto, variável. Digamos, no conjunto, 15 rs. por lauda. Uma sondagem feita em livros notariais permitiu-nos estabelecer valores médios das relações lauda/acto (8 laudas por acto) e outorgante/acto (2,3 outorgantes/acto). Assim, o cálculo do número de outorgantes obtém-se pelo seguinte grupo de expressões:

$$N = (E \times 2) / 5$$

$$L = N / 15$$

$$A = L / 8$$

$$O = A \times 2,3$$

fazendo as substituições:

$$O = (E \times 2 / 5) / 15 / 8 \times 2,3,$$

em que A é o número de actos e O o número de outorgantes.

O resultado é de cerca de 260.000 pessoas; o que, numa população global de 1 milhão e 800 mil habitantes, representa cerca de 14 por cento. Na parte judicial, a relação emolumentos/intervenientes devia ser muito inferior, pois o número de laudas por processo era muito superior, enquanto que o número de partes em cada processo devia ser pouco mais ou menos o mesmo. Supondo que, em média, cada processo tinha, digamos, 35 laudas, obteremos cerca de 90.000 pessoas, o que fixa o grupo dos clientes da justiça escrita em cerca de 15 por cento do total da população. Acontece que alguns cálculos disponíveis sobre níveis de alfabetização (sobretudo para as zonas urbanas e suburbanas) apontam para valores correspondentes (A. M. Hespanha, 1986a).

5. FACTORES DE PROMOÇÃO DA CULTURA JURIDICA ESCRITA E OFICIAL

Um estudo desta questão envolve, em rigor, uma multiplicidade enorme de factores. Apesar de alguns deles serem menos aptos a um tratamento quantitativo, sobretudo pela inexistência de indicadores seguros para esta época, a análise estatística —nomeadamente a análise da correlação— constitui o método mais eficaz para testar os modelos explicativos que a sociologia do poder e da justiça têm avançado.

A primeira tese a testar foi a do efeito que os factores demográficos podem ter na destruição dos sistemas político-jurídicos das comunidades locais e, portanto, na promoção do poder e do direito oficiais.

Esta tese apresenta vários aspectos relativamente independentes.

O primeiro diz respeito à dinâmica da população. Um crescimento acentuado e brusco da população provocaria a ruptura dos

equilíbrios sociais tradicionais e dos mecanismos comunitários em que se funda o poder não oficial. A comprovação estatística deste efeito obter-se-á se o crescimento dos valores da litigiosidade formal for mais do que proporcional ao crescimento dos valores do aumento populacional. Ou seja, se, por exemplo, a uma progressão aritmética ou geométrica dos primeiros corresponder uma progressão parabólica ou exponencial dos segundos.

Um outro aspecto da referida tese é o que salienta a relação entre a importância demográfica das terras e a promoção da administração e justiça oficial. Subjacente a esta proposição parece estar a identificação entre importância demográfica da terra e urbanização. Uma terra «grande» corresponderia a um centro populacional importante, em que a urbanização alterara as formas tradicionais de vida e de convívio. Há, no entanto, que ter em conta que as fontes demográficas do Antigo Regime nem sempre distinguem, na população de cada terra, a que corresponde à «cabeça» da que corresponde ao «distrito» («termo»).

A segunda tese a testar diz respeito à relação entre a abertura da economia, medida, por exemplo, através do número de transações comerciais indiciadas pelos emolumentos dos escrivães dos impostos indirectos sobre as transações («sisas», «alcabalas»). O raciocínio seria o seguinte. A sociedade tradicional funda-se na comunidade camponesa, constituída apenas por vizinhos, relativamente fechada ao exterior e vivendo numa economia de auto-consumo. Subvertida esta por uma abertura ao mercado, com a conseqüente modificação das relações sociais e económicas, subvertidas ficariam as suas instituições políticas e administrativas, bem como a sua capacidade de arbitrar e compor os conflitos fora dos mecanismos da justiça oficial.

O estudo da relação entre a «modernização» da economia e o progresso do direito e administração oficiais tem hoje o interesse de testar a validade, no domínio da sociologia jurídica e administrativa, da «teoria da modernização» (M. WEISER, 1966), que postula a linearidade da evolução social, em direcção a formas «modernas» de organização (economia de mercado, democracia, comunicação escrita, administração «racionalizada»; crítica, do ponto de vista histórico, H. U. WEHLER, 1975).

O indicador esolhido para «medir» a abertura da economia é aquele de que se pode dispôr mais geralmente. Mas não é o ideal,

nomeadamente por ser muito global, traduzindo realidades económicas e sociais muito diferentes (desde as transações da terra até às dos géneros de consumo, produzidos na terra ou vindos de fora). A tese da relação entre a abertura da economia e o impacto do poder oficial terá lugar se o aumento da litigiosidade oficial for mais do que proporcional ao aumento do volume das transações. Pois um aumento simplesmente proporcional não traduziria senão o facto um pouco lapaliceano de que «mais transações originam mais outros tantos actos jurídicos (ou litígios)». Como nos casos anteriores, a verificação da veracidade da tese resultará num *scattergram* da regressão linear em que os valores de y (indicador da litigiosidade formal) são inferiores ou superiores aos esperados (à recta de regressão) consoante os valores de x (indicador de «abertura» da economia) são, respectivamente, baixos ou altos.

A terceira tese realça a importância da instalação de estruturas político-administrativas oficiais e letradas na promoção de correspondentes formas de administração e de justiça. A ideia subjacente é a de que o órgão é susceptível de criar ou potenciar a função. A comprovação estatística de tese exigirá que as terras com estruturas mais desenvolvidas de administração oficial e letrada (nomeadamente, com magistraturas letradas: juízes de fora, corregedores), apresentam valores de litigiosidade oficial anormalmente elevados, tendo em conta os restantes indicadores estatísticos.

A quarta tese salienta a importância dos factores de natureza cultural na promoção de sistema político-administrativo oficial e letrado. Aqui, a comprovação estatística torna-se muito difícil, pois, no presente estado da investigação, faltam os indicadores adequados (taxas regionais de alfabetização, proveniência regional dos estudantes universitários ou dos juristas, etc.).

A quinta tese relaciona a predominância de uma ou outra cultura jurídico-administrativa com a diversidade cultural das regiões, sobretudo numa sociedade ainda pouco integrada do ponto de vista cultural. Na verdade, o sistema administrativo ou judiciário e a atitude perante ele são fenómenos culturais que relevam de sistemas globais da mentalidade colectiva. Tal como ainda hoje, as sociedades modernas devem ter tido as suas áreas de modernidade e as suas bolsas de tradicionalismo. E isto deve ter-

-se reflectido em assimetrias na penetração da nova cultura política, administrativa e jurídico-judiciária. Em face das dificuldades de encontrar indicadores culturais directos, podem utilizar-se técnicas indirectas de despistagem estatística, baseadas na regressão linear (A. M. Hespanha, 1983).

6. LITIGIOSIDADE E ESTRUTURAS DEMOGRÁFICAS

O gráfico I explora as relações entre os valores da população e os valores dos emolumentos notariais nos concelhos portugueses dos meados do séc. XVII. Constitui o *scattergram* da regressão linear entre ambos os valores. Como os pontos correspondentes às terras de cada província estão marcados com símbolos diferentes, é possível estudar as assimetrias regionais na procura da justiça oficial que nele se manifestam.

O primeiro facto a realçar é a intensidade apreciável verificada em todo o país para a relação entre população e procura da justiça (coef. de regressão: 0,8). Pode dizer-se que, em geral, o factor demográfico é fortemente explicativo desta procura. Mas, dado que as terras da metade direita do gráfico (terras mais populosas) estão, em geral, acima da recta de regressão e a maior parte das da metade esquerda, pelo contrario, abaixo dela, parece comprovar-se que a dimensão populacional actua como um elemento potenciador do recurso à justiça oficial.

Mas este gráfico, ilustrado pela tabela que o acompanha, permite ainda um outro tipo de conclusão. Vemos que, se considerarmos isoladamente as terras de cada comarca e a sua situação relativamente à recta de regressão, não é em todas idêntica a percentagem acima e abaixo desta recta de regressão. Ou seja, que há comarcas em que muitas terras tem valores emolumentares superiores aos esperados em face da sua população; e que há outras em que, pelo contrário, a maior parte das terras tem uma vida judicial menos intensa do que o que era de esperar. No primeiro caso, estamos perante zonas de vivacidade do direito e da administração oficiais; no segundo, perante bolsas de resistência do direito tradicional. Do primeiro grupo fazem parte, nitidamente, as comarcas do alto Minho, da baixa Extremadura, do Alentejo e do Algarve. Do segundo, claramente, as comarcas da Beira, salvo Vi-

seu e Castelo Branco, que se aproxima dos valores alentejanos. Trás-os-Montes, o Douro litoral e o norte e centro da Extremadura (Esgueira, Coimbra, Leiria a Tomar) apresentam valores intermédios. Isto constitui um primeiro contributo para uma definição de áreas jurídico-culturais na época moderna portuguesa.

7. LITIGIOSIDADE OFICIAL E «MODERNIZAÇÃO» DA ECONOMIA

O gráfico II correlaciona os emolumentos dos escrivães das sisas, funcionando como indicador de «abertura» da economia, e os emolumentos dos tabeliães, com o significado que antes lhes demos.

Aqui, os valores do coeficiente de correlação descem um pouco (0,7 para o conjunto), embora ainda se mantenham a um nível significativo de uma apreciável relação entre as duas grandezas. A província de Trás-os-Montes constitui um caso excepcional de relação não significativa, mas a base estatística deste valor é muito pequena.

A exploração do *scattergram* pode fazer-se de forma idêntica à dos anteriores. Também aqui, os pontos do lado direito (terras de sisas altas, economia «aberta») predominam acima da recta; excepções, apenas as de grandes centros mercantis, em que os valores das sisas subiam anormalmente: dois portos (Setúbal e Foz do Douro), um grande centro comercial do interior (Trancoso, com duas importantes feiras) e um importante ponto de trânsito e comércio (Tancos). Os do lado esquerdo estão predominantemente abaixo da recta, se descontarmos os casos especiais a que nos referiremos de seguida.

Particularmente interessante é verificar a situação, neste *scattergram*, dos pontos correspondentes às terras com justiças letradas, que aí aparecem rodeadas por uma circunferência. Salvo raras excepções além das já referidas (certas terras da Beira mesmo cabeças de comarca: Lamego e Guarda) todas estas terras apresentam valores emolumentares superiores ao que seria de esperar em vista do grau de abertura da sua economia. Ou seja, a instalação de uma administração oficial e letrada é, por si só, um factor decisivo de promoção do direito e administração oficial, o que confirma uma das hipóteses antes formuladas.

Se refizermos, face a este *scattergram*, a análise regional esboçada com base no anterior, os resultados são espantosamente coincidentes. Novamente, as comarcas da Beira (salvo, de novo, Viseu e Castelo Branco) são aquelas em que as percentagens de terras acima da recta de regressão é menor. Em contrapartida, as comarcas do Alentejo e Algarve (salvo Setúbal, pelo carácter anormal dos valores das sisas neste importante porto; o mesmo acontece com Lagos), bem como Santarém, apresentam de novo uma percentagem muito elevada de terras com valores emolumentares superiores aos esperados. Todo o litoral, mas agora do Minho ao Tejo, apresenta valores médios a este respeito.

8. CONCLUSÃO

A síntese —uma síntese apesar de tudo provisória, aguardando a ocasião de um estudo mais detalhado— parece agora possível.

Grandeza populacional, sobretudo se acompanhada de uma elevada taxa de urbanização, «abertura» da economia e instalação de um aparelho administrativo oficial e letrado, tais parecem ser os factores decisivos para a desarticulação do mundo político-administrativo não oficial e para a consequente promoção do direito a administração oficiais. O recurso à justiça oficial progride, assim, nas zonas populosas e de características urbanas, dotadas de uma economia mais aberta e mercantilizada e servidas por um aparelho administrativo moderno, nomeadamente, por justiças letradas.

Mas estes factores, por muito que expliquem o avanço do mundo político-jurídico oficial, não explicam tudo. Pois, por detrás deles, mantém-se a eficácia de dados sócio-culturais profundos, responsável pelos desvios que, na prática, são sofridos pelo modelo. Estes hábitos sociais quanto ao comportamento administrativo e judiciário desenham grandes regiões com práticas jurídicas acentuadamente distintas, facilmente legíveis no mapa. Um interior beirão, constituído pelas comarcas de Lamego, Pinhel e Guarda e pela ouvidoria do Crato, ainda largamente dependente dos mecanismos tradicionais e não oficiais de governo e de justiça. Deste interior se destaca a comarca de Viseu, com um comportamento judiciário mais próximo do litoral, e Castelo

Branco, compartilhando já do modelo alentejano da litigiosidade. Uma segunda zona é constituída pelo litoral ocidental (comarcas de Viana, Guimarães, Porto, Esgueira, Coimbra, Leiria, Tomar e Torres). Não seria perfeitamente homogénea, sendo natural que o alto Minho e a baixa Extremadura apresentassem uma maior litigiosidade formal, representando Coimbra e Esgueira, em contrapartida, as zonas de maior resistência da justiça tradicional. Finalmente, o Alentejo o Algarve constituem zonas de intenso recurso à administração e justiça formais, correspondente a uma maior dissolução dos mecanismos de resolução não oficial dos conflitos, dissolução para que outros dados e testemunhos já apontavam.

Esta desigualdade do avanço da administração e direito oficiais é também um elemento importante da história do poder e um elemento decisivo na conformação do sistema político da época moderna. Pois por aqui se poderá avaliar devidamente a eficácia de um contra-poder subliminar, discreto e silencioso, que, no entanto, mais numas zonas do que nas outras, corrói, emperra e faz patinar o alcance prático das enfáticas e vistosas fórmulas do absolutismo régio.

A. M. HESPANHA

9. BIBLIOGRAFIA

- RICHARD L. ABEL, 1973: «A comparative theory of dispute institutions in society», *Law & society review*, 1973, 217-347.
- RICHARD L. ABEL, 1979: «Theories of litigation in society. "Modern" dispute institutions in "tribal" society and "tribal" dispute institutions in "modern" society as alternative legal forms», em E. BLANKENBURG & al. (eds.), *Alternative Rechtsformen...*, 167-200 (v. E. BLANKENBURG).
- E. BLANKENBURG & al. (eds.), «Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», Bd. IV, Opladen, 1979
- N. CASTAN, 1980: *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*, Paris, 1980
- JORGE DIAS, *Vilarinho das Furnas. Uma aldeia comunitária*, Lisboa, 1948
- M. GALANTER, 1984. «La justice ne se trouve pas seulement dans les de-

- cisions des tribunaux», em M. CAPPELLETTI (ed.), *Acces à la justice et Etat-providence*, Paris, 1984.
- V. GESSNER, 1976: *Recht und Konflikt. Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübingen, 1976.
- J. GOODY, 1968: *Literacy in traditional societies*, Cambridge, 1968.
- J. GOODY, 1977: *The domestication of savage mind*, Cambridge, 1977.
- A. M. HESPANHA, 1983a: «Savantas et rustiques. La violence douce de la raison juridique», *Ius commune*, 10 (1983) 1 ss.
- A. M. HESPANHA, 1983b: «L'identification d'aires jurídico-culturelles à l'aide de l'analyse statistique de la corrélation. Un rapport de recherche», *Rechtshistorisches Journal*, 2 (1983) 142-170.
- A. M. HESPANHA, 1984: «Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime», em A. M. HESPANHA (ed). *Poder e instituições na Europa da Antigo Regime. Colectânea de textos*, Lisboa, 1984.
- R. L. KAGAN, 1981: *Lawsuits and litigants in Castille. 1500-1700*, Chapel Hill, 1981.
- COLIN KAYER, 1980: «The deflation in the volume of litigation at Paris in the eighteenth century and the waning of old judicial order», *European studies review*, 10 (1980), 309-337.
- ANTONIO DE SOUSA MACEDO, *Perfectus doctor in quacumque scientia maxime in iure canonico et civile*, Londini, 1653.
- W. ONG, *Interfaces of the word*, Cornell Un. Press, 1977
- W. ONG, *Orality and literacy. The technologizing of the word*, London, 1982.
- BOAVENTURA S. SANTOS, 1979: «O discurso e o poder Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica», em *Estudos em homenagem do Prof. J. J. Teixeira Ribeiro. I*, Coimbra, 1979 (sep. Coimbra, 1980).
- BOAVENTURA S. SANTOS, 1980: «Law and community: the changing nature of state power in late capitalism», *International journal of sociology of law*, 8 (1980) 379-397 (= «O direito e a comunidade nas transformações recentes da natureza do poder e do Estado nos países capitalistas avançados», *Revista crítica de ciências sociais*, 10 (1982) 9-40.
- BOAVENTURA S. SANTOS, 1985: *Estado e sociedade na semi-periferia do sistema mundial: o caso português*, polic., Faculdade de Economia de Coimbra (1985).
- B. SCHNAPPER, 1979: «Pour une géographie des mentalités judiciaires: la litigiosité en France au XIXe. siècle», *Annales Ec. Soc. Civ.*, 1979.2, 399-419.
- Th. SHANIN (ED.), 1971: *Peasants and peasant societies*, London, 1971.
- G. SPITTLER, 1980a: «Streitregelung im Schatten des Leviathans. Eine

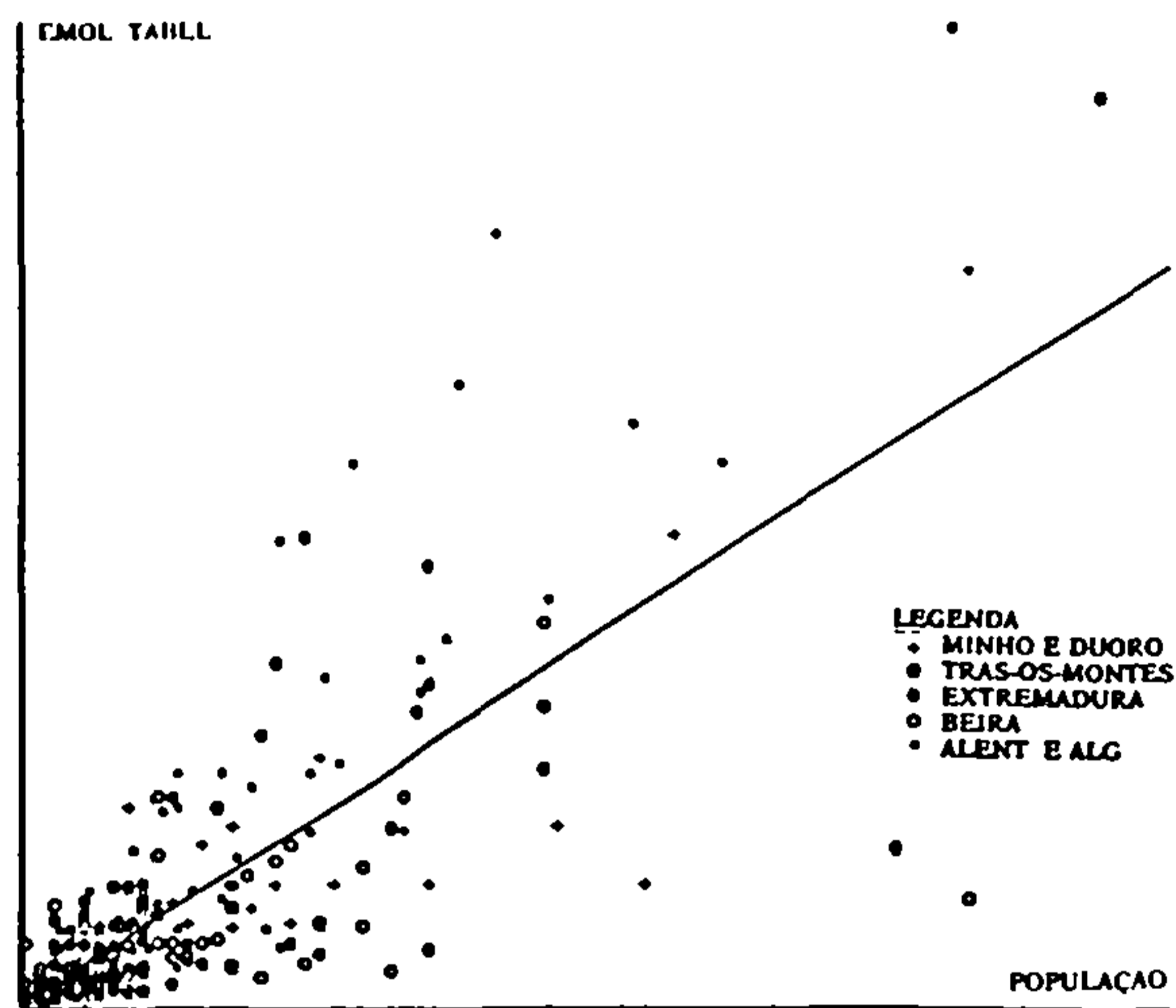
- Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchung», *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1(1980) 4 ss.
- G. SPITTLER, 1980b: «Abstrakteswissen als Herrschaftsbasis zur Entstehung bürokratischer Herrschaft im Bauernstaten Preussen», *Kolner Zeitsch. f. Soziologie u. Sozialpsychologie*, 1980.3, 574 ss.
- JOSÉ JUAN TOHARIA, 1974: *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974.
- R. VOIGT, 1983: *Gegentendenzen zur Verrechtlichung (= Jahrbuch f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 9 (1983).
- M. WEISER (ed.), 1966: *Modernization: the dynamics of growth*, New York, 1966.
- H. U. WEHLER, 1975: *Modernisierungstheorie und Geschichte*, Gottingen, 1975.
- CHR. WOLLSCHLAEGER, «Ungleich Justizgewahr und Zivilprozesshaftigkeit in der preussischen Standesgesellschaft um 1750», *Europaisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift f. Helmut Coing...*, I, Munchen, 1982, 435-451.

MAPA V. RELAÇÃO ENTRE OS EMOLUMENTOS NOTARIAIS E A POPULAÇÃO (POR COMARCA, CERCA DE 1640)



Gráfico I

Relação entre a população e os emolumentos dos tabeliães (todas as terras de que se conhecem ambos os valores).



1 Fórmulas de regressão, coeficientes de determinação e de correlação

	Fórmula de regressão	Coef de correlação
Geral	$- 1\,879,203 + (24,888 \times X)$	0,799
Minho e Douro	$- 2\,749,408 + (24,388 \times X)$	0,738
Tras-os-Montes	$23\,254,028 + (8,502 \times X)$	0,489
Beira	$9\,816,202 + (12,914 \times X)$	0,719
Extremadura	$5\,828,958 + (26,904 \times X)$	0,83
Alent e Alg	$9\,457,185 + (35,545 \times X)$	0,887

2 Percentagem dos pontos acima da recta de regressão, por comarca

(a) comarca,

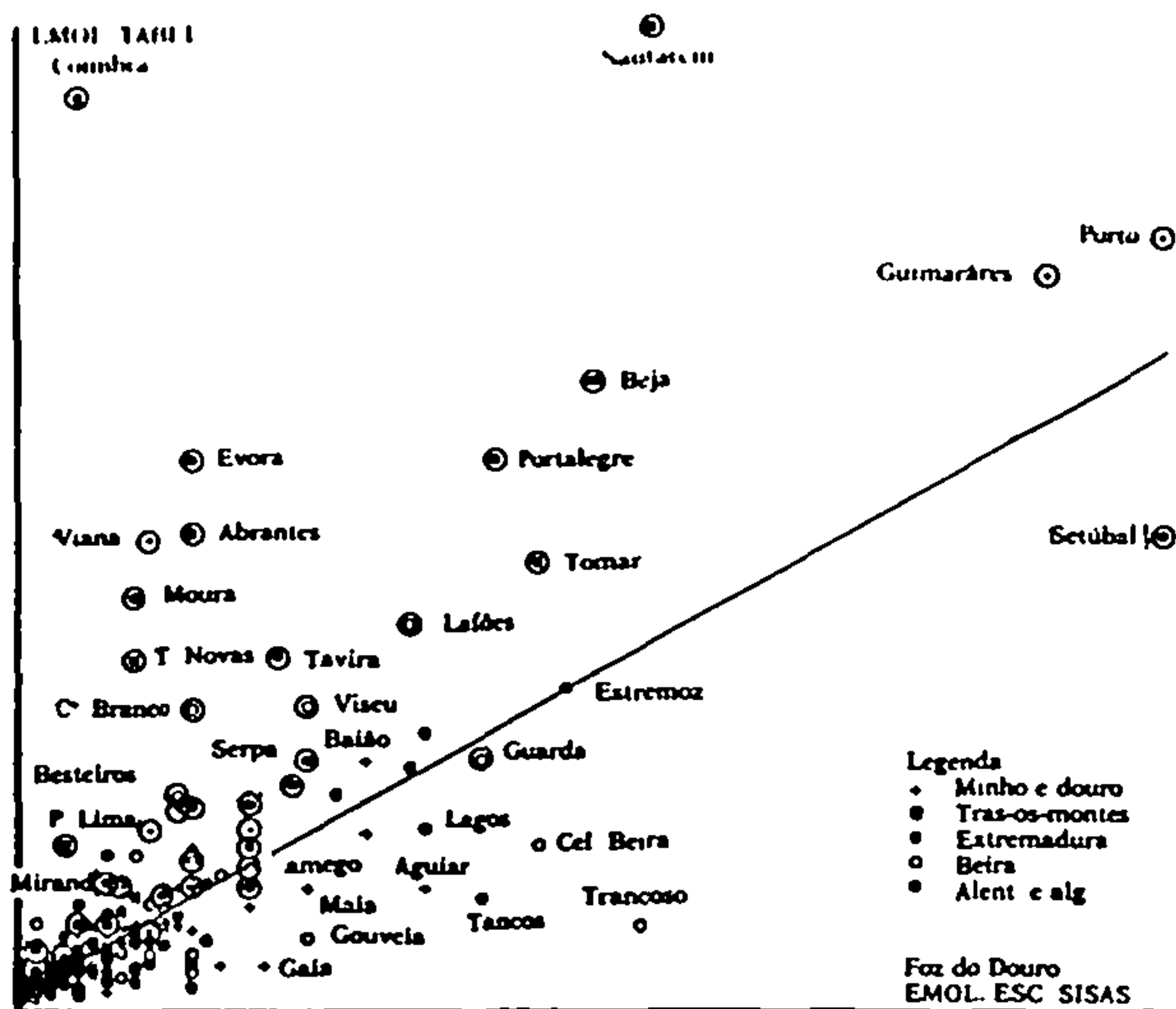
(b) número total de pontos,

(c) percentagem de pontos acima da recta de regressão;

(a)	(b)	(c)	(a)	(b)	(c)	(a)	(b)	(c)
Guim.	23	87	Lamego	58	29	Crato	7	29
Viana	14	86	Pinhel	30	30	Aviz	7	86
Porto	16	63	Guarda	13	46	Tavira	5	100
Monc.	11	64	C. Branc	17	76	Leiria	17	41
Mirand.	3	67	Evora	5	100	Tomar	20	60
Coimbra	12	50	Beja	7	86	Lagos	4	75
Esguei.	9	44	Ourique	9	67	Santarém	6	83
T Vedr.	13	100	Elvas	6	100	Setúbal	10	70
Viscu	14	64	Portal	9	89			

Gráfico II

Relação entre os emolumentos dos escrivães das sisas e os dos tabeliães (todas as terras de que se conhecem ambos os valores).



1. Fórmulas de regressão, coeficientes de determinação e de correlação.

	Fórmula de regressão	Coef. de correlação
Geral	20 429,569 + (6,568 × X)	0,671
Minho e Douro	23.090,670 + (5,578 × X)	0,729
Tras-os-Montes	31.375,574 + (4,050 × X)	0,297
Beira	14.434,804 + (5,169 × X)	0,709
Extremadura	3 242,904 + (10,196 × X)	0,602
Alent e Alg	46.411,880 + (6,659 × X)	0,725

2. Percentagem dos pontos acima da recta de regressão, por comarca

- (a) comarca,
- (b) número total de pontos;
- (c) percentagem de pontos acima da recta de regressão,

(a)	(b)	(c)	(a)	(b)	(c)	(a)	(b)	(c)
Guim	19	37	Lamego	42	14	Crato	—	0
Viana	13	23	Pinhel	20	5	Aviz	5	40
Porto	13	38	Guarda	15	7	Tavira	3	67
Monc.	8	13	C Branc	12	33	Leiria	13	15
Mirand	6	33	Evora	4	25	Tomar	18	28
Coimbra	9	22	Beja	4	75	Lagos	4	25
Esguei	—	0	Ourique	9	56	Santarém	5	80
T. Vedr.	10	40	Elvas	0	—	Setúbal	7	14
Viseu	9	44	Portal	6	33			

VI

LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO CASTELLANO DE LOS SIGLOS XVI A XVIII

1. CONCEPTO Y REQUISITOS

No es fácil encontrar en la doctrina de los siglos XVI al XVIII un concepto sobre la legítima defensa, ni siquiera con el carácter genérico que aparece recogido en las Partidas ¹. Puede decirse que

¹ *Partidas* VII, 10, 7 «Amparaça es cosa que es otorgada a todo ome comunalmiente, para defenderse del mal, o de la fuerça quel quieren fazer.» Como complemento de la anterior disposición, en VII,8, 2 se dice «Matando algun ome, o alguna muger, a otro a sabiendas, deve auer pena de omicida, quier sea libre, o sieruo, el que fuesse muerto. Fueras ende, si lo matasse en defendiendose, viniendo el otro contra el, trayendo en la mano cuchillo sacado, o espada, o piedra, o palo, o otra arma qualquier con que lo pudiesse matar. Ca estonce si aquel, a quien acomete, mata al otro que lo quiere desta guisa matar, non cae porende en pena alguna. Ca natural cosa es, e muy guisada, que todo ome aya poder de amparar su persona de muerte, queriendolo alguno matar a el, e non a de esperar que el otro le fiera primeramente, porque podria acaescer, que por el primer golpe que le diesse, podria morir el que fuesse acometido, e despues non se podria amparar.» Con referencia a la legítima defensa de la persona, el *Fuero real* IV, 17, 1 dispone que. «Todo home que matare a otro a sabiendas, muera por ello, salvo si matare su enemigo conocido, o defendiéndose.» Con anterioridad, el *Fuero Juzgo* VI, 4, 6 establecía para el mismo supuesto lo siguiente: «Non deve seer culpado el omne que contrarta a aquel quel quiere ferir por fuerza. Onde nos mandamos que tod omne que fiere o quiere ferir a otro sin razon, o con palo, o con arma, o en otra manera, si aquel a quien el quiere ferir lo firiera ante, o lo matare, non peche por ende omicilio, nin aya ninguna pena, ca mejor es al omne que mientras que vive que se defienda, que lexar que lo venguen despues de su muerte...» De forma similar se ocupa del tema el precepto contenido en el mismo cuerpo legislativo VI, 5, 19, donde se señala que aquel que mata a algún pariente defendiendo su propia vida, no tendrá que responder por homicidio, siempre que pueda probar ante el juez la licitud de su defensa. Para los textos legales citados he manejado la edición de *Los Códigos españoles concordados y anotados*, tomo I, Madrid 1847 y tomo IV, Madrid 1848. Respecto al texto aludido del *Fuero Juzgo*, puede verse ALFONSO DE VILLADIEGO, *Forus antiquus Gothorum Regum Hispaniae, olim Liber Iudicum, hodie Fuero Juzgo nuncupatus*, Madrid 1600, en cuya glosa el autor

predomina en la labor doctrinal el estilo descriptivo y casuístico a la hora de enjuiciar la institución jurídico-penal que analizamos. Eso sí, hallamos claras referencias a la consideración de la legítima defensa como algo reconocido por el Derecho divino, natural y humano, por lo que su ejercicio no atribuye al que se le defiende la calificación de homicida. De ellos encontramos clara constatación en autores de este período como Diego de Cantera Burgos, Antonio Gómez, Diego de Covarrubias, Lorenzo Matheu i Sanz y buena parte de los teólogos y moralistas de estos siglos y de los que ahora no vamos a hacer relación.

Como en otras instituciones del Derecho público o privado, así como en materia penal, la voluminosa doctrina que se ocupa de estos temas, a veces con una exhaustividad sólo superada por la forma repetitiva con que suele ocuparse de los mismos, procede, además de por vía casuística, a través de la enunciación de supuestos en que la institución de que se trate no se da *de iure*, o bien se incide en situaciones que merodean aquélla al presentarse adornada de elementos similares. Dicho en otras palabras, cuando los autores no inducen de la propia casuística un concepto abstracto de la institución que someten a su examen particular, con frecuencia proceden a la inversa, es decir, haciendo constar qué casos han de ser considerados diferentes de aquélla. De este modo, con su proclividad a descender a los detalles, no sólo contribuyen a perfilar tácitamente un concepto, describiendo los elementos y circunstancias que lo configuran, sino que, en ocasiones, este objetivo lo cumplen ilustrándonos sobre qué casos no son aquello de lo que seguidamente van a tratar.

Así, por ejemplo, con respecto al asunto que nos ocupa, Juan Alvarez Posadilla, en la segunda mitad del siglo XVIII, planteará la siguiente interrogante: ¿Es legítima defensa acometer con un arma al que sólo se ha limitado a injuriar? Señala a este respecto que el que responde con violencia no queda eximido de pena, ya

mantiene los mismos argumentos que veremos en otros tratadistas contemporáneos suyos, con relación a los textos ya citados de las Partidas, del Fuero real, o de la *Nueva Recopilación* VIII, 23, 4, donde se recoge sustancialmente el anterior precepto del Fuero real. El planteamiento general del tema lo encontramos en José María GARCÍA MARÍN, *La legítima defensa hasta fines de la Edad Media. Notas para su estudio*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», vol. L, Madrid 1980, p. 413 y ss

que, según derecho, de las injurias debe reclamarse ante el juez, aunque éstas sean graves. En cuanto al que injurió y que ve precipitarse al injuriado dispuesto a matarle, puede defenderse repeliendo el ataque de modo equivalente en cuanto a los medios empleados en la defensa; pero si de resultas de ésta mata al agresor, aunque no incurre en pena de homicida, sí merece punición por haber dado motivo a ello.

Por otra parte, el autor citado no considera legítima defensa la agresión que se produce tras el desafío, ya que considera que, con arreglo a derecho, no está permitido desafiar ni aceptar el desafío de otro. El autor apoya su argumento sobre la ley de la *Nueva Recopilación* VIII, 23,4, que a su juicio trata de impedir los desafíos castigando con la muerte al que mata a otro en pelea, salvo el supuesto concreto del que actúa en defensa propia².

Dicho lo anterior, sí queremos subrayar que Francisco de Vitoria, en su Relación *De iure belli*, consideró a la legítima defensa, cuando ésta se realizaba dentro de sus justos límites, como un acto intrínsecamente lícito y no sólo disculpable desde el punto de vista moral y jurídico, separándose, al adoptar esta posición (muy en la línea de Santo Tomás), de la corriente canonista para la cual la defensa era, en el fondo, éticamente injusta, aunque pudiera quedar impune. En suma, Vitoria asumió plenamente el principio romano de que siempre resulta lícito repeler la fuerza con el empleo de la fuerza, haciendo extensivo este postulado a la defensa de la vida, de la integridad corporal e incluso de los bienes propios³.

Algo parecido sucede con los requisitos que perfilan y detienen la institución. Aunque expresamente los autores de este período no aluden a ellos, es fácil deducirlos de los términos en que

² Juan ALVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal*, Madrid 1797, vol III, p 101 y ss

³ Cfr LUIS JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal*, vol IV, 3.ª ed., Buenos Aires 1958, p 38 Diego DE COVARRUBIAS, *Opera omnia juridica*, Colloniae Allobrogum 1724, vol. I, pars. III, *Relect Clem. si furiosus, de homicidio De homicidio ad defensionem commisso*, pp. 710-715, especialmente núm. 2, donde considera lícito matar al agresor, no sólo por defender la propia vida, sino también para proteger algún miembro de su mutilación, lo que el autor explica en función de que puede suceder que de la amputación del mismo se siga la muerte de la persona agredida También Pedro PLAZA DE MORAZA, *Epitome delictorum, causarumque criminalium, ex iure pontificio, regio et caesareo*, Salamanca 1558, I, XXVIII, núm 14, p. 258

los mismos se expresan: injusticia e inminencia del ataque, necesidad de ejercitar la defensa, inmediatez de la misma y adecuación defensa-ofensa. Concretamente, en orden al primer requisito, es decir, a la injusticia del ataque, un autor del siglo XVIII, Juan Alvarez Posadilla, comentará que el que amenaza no debe tener derecho a ello, porque cuando se trata de alguien al que por razones diversas le es reconocido el derecho a castigar a otro, como es el caso de el padre o el profesor, no es lícito defenderse de su castigo, ya que en este caso incurriría el que se defiende (especialmente si lo hace en exceso) en pena extraordinaria establecida por la norma ⁴.

En cuanto al otro elemento concurrente, el de la simultaneidad de la respuesta (el *incontinenti* de las fuentes), explicará que la legítima defensa requiere que la respuesta del atacado sea inmediata, de modo que cuando desaparece el riesgo de la muerte del atacado, ya éste no puede repeler la agresión dando muerte al agresor, bajo pena extraordinaria. Será Próspero Farinacio quien añada a los requisitos de la reacción inmediata, del peligro actual y de la injusticia de la causa, la necesidad de una paridad

⁴ Juan ALVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal*, ídem Pedro PLAZA DE MORAZA, *Epitome delictorum*, I, XXVIII, núm 1, p. 251, núm. 5, p 254, núm 7, pp. 254-256 FRANCISCO SARMIENTO, *Selectae interpretationes utriusque iuris*, Antuerpiae 1616, I, I, núm 9, fol 3, exige que para estimar la existencia de legítima defensa, es necesario que aquélla sea probada Lorenzo MATHEU I SANZ, *Tractatus de re criminali, sive controversiarum usufrequentium in causis criminalium...*, Madrid 1776, contr. XXII, núm. 5, p 110. «Et in hoc casu aliquae praesumptiones adesse videbantur, per quas dicebatur reum aggressorem fuisse, et occisum insultatum. Primo, dicebat accusator, quod aggressor praesumitur qui antea fuerat offensus ab adversario, et causam vindicandi se habebat » En núm 6, p 110, agrega: «Secundo dicebatur, quod quando ex duobus rixantibus unus mortuus resultat, vel magis vulneratus, licet aliqui Doctores tenuerint, hunc praesumi aggressorem . tamen plures contrarium tenuerunt docentes, quod ille qui magis vulneratus, vel mortuus reperitur, insultatus praesumatur » Adviértase el interesante matiz que introduce a la hora de determinar, en caso de riña, quién ha de ser considerado ofensor y quién víctima, a la vista de los daños físicos causados a uno y otro, todo ello sobre la base de una presunción jurídica. En núms. 10 y 11, ídem p dirá que «Dans opera rei illicitae et malitiosum actum incipiens, aggressor praesumitur Primo provocatori tota culpa irrogari debet » Finalmente, en la misma línea de Francisco Sarmiento, dirá MATHEU I SANZ en núm 12, ídem p. que «Magis rixosus, robustus et ferox aggressor praesumitur », o en núm 19, p. 111. «Aggressor non praesumitur, qui offensam in ipso actu rixae percipit, sed qui causam doloris notam antea habebat, et occasionem vindicandi quaereret potuit »

en las armas o medios ofensivos empleados en la defensa y ataque. Cuando alguien se defiende de otro —argumentará Cantera Burgos—, hay que distinguir si lo hace en defensa de su persona o de sus bienes. Cuando lo que defiende es su propia integridad física, ha de tener necesariamente en cuenta el principio *De moderamine inculpatae tutelae*, de modo que si, aun teniendo en cuenta este factor cardinal de una defensa justa, causa con su réplica la muerte del agresor, no correrá con responsabilidad alguna. La explicación de esta eximente está en que al defenderse el ofendido no hace más que ejercer un derecho natural, por lo que ni el fuero externo ni el de la conciencia está obligado a responder de sus actos. Ahora bien, otra cosa es si el que se defiende puede proceder de forma que no cause necesariamente la muerte del agresor, en cuyo caso está obligado a procurarlo, ya que si no habrá de responder por homicidio, aunque sea más levemente, es decir, con pena de carácter extraordinario ⁵.

2. ALCANCE DE LA LEGITIMA DEFENSA: INTERES INDIVIDUAL E INTERES SOCIAL

La literatura jurídica considera que, en general, el actuar *ad suam defensionem* constituye uno de los supuestos contemplados expresamente por la norma, en que alguien queda eximido de pena, si de su actividad ante una ofensa física se deriva muerte del agresor. En este sentido, Antonio Gómez, con apoyo en el Digesto, enuncia el principio anterior sobre la base de la licitud del tradicional principio de *vim vi repellere licet*. Desde este punto de partida, el autor, siguiendo a los comentaristas de quienes en buena medida son tributarios sus pensamientos, considera lícita la muerte del que, no estando en su sano juicio, acomete a otro que se defiende eficazmente de la agresión. Incluso admite como eximente la muerte en justa defensa que alguien realiza sobre su consanguíneo que, con ánimo homicida, le ha hecho objeto de su ataque ⁶.

⁵ DIEGO DE CANTERA BURGOS, *Quaestiones criminales*, Salamanca 1589, pp. 520-521, núms. 6 a 11.

⁶ ANTONIO GÓMEZ, *Variae resolutiones juris civilis, communis et Regii*, Lugduni 1735, III, III, núms 20-27, p. 337 y ss. LORENZO MATHEU I SANZ, *Tractatus de re cri-*

Aunque se presta a una mayor dificultad interpretativa y a una concepción más laxa de la institución a que nos venimos refiriendo, tanto Antonio Gómez, como Diego de Covarrubias o Cantera Burgos, consideran lícito incluso que una persona mate a otra en legítima defensa de un extraño. Ello, a juicio de éstos, encuentra su justificación en última instancia en el hecho de que el homicidio está prohibido por el derecho divino, en base al mandato genérico de «no matarás». Pero, además, según Antonio Gómez, tal afirmación se fundamenta, no sólo porque el agresor ofende directa y principalmente al ofendido, sea o no éste un tercero, sino también porque con su proceder ataca a la propia república, aunque sea indirectamente, una república de la que todos forman parte⁷.

Pero el principio del *ius defensionis* ha de entenderse, además, en un sentido ciertamente elástico, y aquí de nuevo la aportación doctrinal cobra el valor de elemento indispensable para un más completo entendimiento de la legítima defensa, cuyas líneas maestras, aunque firmemente perfiladas en la normativa, apenas permiten entrever las ricas posibilidades que de la misma se derivan en el plano de los hechos. Efectivamente, para Antonio Gómez y Alvarez Posadilla, en tanto se admite sin reservas que cualquiera puede replicar y ocasionar la muerte de quien pretende matarle a él, cabe también considerar por vía de lógica, que tal defensa es justa y procede incluso en el caso de que el agredido no reciba ningún daño o golpe efectivo. Y la razón de ello es porque si el agresor se acercaba a su víctima esgrimiendo un arma, evidentemente hay que suponer en él la existencia de un ánimo homicida, por lo que la muerte del mismo por el que iba a ser agredido se considera justa defensa, y lo es porque su situación en ese momento era crítica y no parecía aconsejable esperar a re-

minali, controv XXII, núm. 25, donde indica que «Occidens ad sui defensionem, nullam poenam incurrit, si in vitae discrimine reperiatur » Sobre la aplicación del principio del *ius defensionis* en supuestos de embarazo con peligro de la vida de la madre, ver José M.^a GARCÍA MARÍN, *El aborto criminal en la legislación y la doctrina (pasado y presente de una polémica)*, Madrid 1980, pp. 96, 102, 103 y 106

⁷ Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones*, III, III, núms 20-27, p 337 y ss. No obstante, como señala Pedro PLAZA DE MORAZA, *Epitome delictorum*, I, XVIII, núm. 16, p 169, el principio básico ha de ser el de *si non esse in periculo vitae constitutus*

cibir primero el golpe ⁸. No obstante, Alvarez Posadilla se preocupa de subrayar que el instrumento ofensivo del atacante ha de ser de los que normalmente se entiende que pueden ocasionar la muerte de una persona, y no de otro género, porque caso contrario el que se defiende matando a su agresor pobremente armado, no quedará libre de pena ⁹.

Aunque varios autores no pasan por alto el precepto básico contenido en *Partidas* VII,8,2, que contempla de modo expreso el supuesto anterior («... e non ha de esperar que el otro le fiera primeramente, porque podría acaescer, que por el primer golpe que le diesse, podría morir el que fuesse acometido, e despues non se podría amparar»), no es menos cierto que sus palabras contribuyen decisivamente a iluminar con argumentos tomados de la vida diaria, la cuando menos aparente frialdad de la norma. Y aún hay algo más: todo esto que a juicio de Antonio Gómez se considera justo *pro defensione rerum, a fortiori pro defensione personae et honoris, dignior est* ¹⁰. En la misma línea interpretativa, aunque con menos expresividad en sus argumentaciones, se orientan Covarrubias y Gregorio López, quienes aplican el anterior criterio tanto al supuesto del ladrón nocturno, como al diurno que se defiende con armas de la respuesta del propietario, dentro del supuesto general de protección de los bienes ¹¹.

La cuestión de la propia defensa de la persona o del honor, que ha de considerarse el objetivo principal del *ius defensionis*, puede plantear la alternativa de su ejercicio frente al atacante, o, por el contrario, eludir el encuentro a través de la huida. En este caso, la postura de Antonio Gómez, Covarrubias y, menos explícitamente, Cantera Burgos, es terminante: el agredido es libre de proceder como quiera. Sin embargo, si la huida puede ser peligrosa para su integridad física, al ofrecer la espalda a su perseguidor que está demasiado próximo, o bien si aquélla resulta lesiva para el honor agredido, por razones que se estiman superio-

⁸ Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones*, ídem Pedro PLAZA DE MORAZA, *Epitome delictorum*, I, XXVIII, núm 15, pp 158-159

⁹ Juan ALVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal*, ídem

¹⁰ Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones*, ídem.

¹¹ Diego DE COVARRUBIAS, *Opera omnia*, vol. I, pars III, *Relect Clem si furiosus de homicidio ad defensionem*, pp. 720-715, en concreto núm 5

res, ha de preferir ambos, por lo que le es lícito ejercitar su derecho a la defensa. Por las mismas razones, aunque a la inversa, si el enemigo u ofensor está lejos y la víctima puede eludirlo sin riesgo de su persona y desdoro para su honor, sobre todo si se trata de persona vil, entonces Antonio Gómez considera más recomendable rehuir un encuentro que, eventualmente, precipitaría al fugitivo al ejercicio de una defensa cuyas consecuencias podrían ser peores que el mal que se trata de evitar ¹².

De interesante puede calificarse la posición adoptada por Lorenzo Matheu i Sanz, cuando para determinar la existencia de un acto de legítima defensa, plantea la necesidad de que se dé una inmediatez de la respuesta por parte del agredido, o lo que es lo mismo, la inexistencia de un intervalo entre ofensa y defensa ¹³.

Por su parte, Alvarez Posadilla, a la pregunta de si incide en responsabilidad aquel que defendiéndose mata al agresor, en vez de haber adoptado la solución de huir, responde con la solución que da *Partidas* VII, 8,2, es decir, considerando el ejercicio de tal defensa como circunstancia eximente. Pero tal vez lo más interesante de su respuesta está, a nuestro juicio, en el hecho de que adopta tal solución «prescindiendo de si peca o no, según las circunstancias, que toca decir a los Moralistas». Palabras en las que ya se advierte ese reformismo de la Ilustración, que separa la relación secular delito-pecado propia de la noción trascendentalista con que en los siglos XVI y XVII se juzgaba toda actividad considerada delictiva. En definitiva, al autor le interesan más las consecuencias de índole penal que se derivan de la actitud del que

¹² ANTONIO GÓMEZ, *Variae resolutiones*, ídem DIEGO DE COVARRUBIAS, *Opera omnia*, ídem, núm. 4 PEDRO PLAZA DE MORAZA, *Epitome delictorum*, I, XXVIII, núm. 10, p. 110 DIEGO DE CANTERA BURGOS, *Quaestiones criminales*, ídem.

¹³ LORENZO MATEHEU I SANZ, *Tractatus de re criminali*, controv. XXII, núms. 28 y 29, p. 112 «Nam hoc procedit quando ex circumstantiis facti resultat, quod aggressor postquam vulneravit, fugit, ita ut aliquod intervallum temporis, quantumvis modicum intervenit, nam tunc quia a simili aggressore fugiente non poterat timere repercussionem, si sequatur, et vulneret, potius ad vindictam quam ad defensionem fecisse videtur, ut est de mente omnium Doctorum. Secus vero quando incontinenti qui in discrimine vitae constitutus adversarium repercutit facie ad faciem in ipso actu aggressionis: quia tunc timere debet repetitionem vulneris, et propriam salutem tuendo potest impune adversarium occidere...»

actúa en defensa propia, que las propiamente morales y, como tales, pertenecientes al fuero interno o de la conciencia ¹⁴.

Decíamos anteriormente que, para algunos de estos autores, el ejercicio de la defensa justa encuentra, además, su legitimación en el propio interés de la sociedad, que es en última instancia la que se siente perjudicada por la conducta desordenada o peligrosa de ciertos individuos. En este punto, Antonio Gómez pone un ejemplo que nos parece singularmente ilustrativo en lo que se refiere a la medida en que un tercero puede ejercer la defensa de la parte que ha sido mortalmente herida en una refriega. El supuesto se refiere al que con el fin de mediar en una riña, observa que uno de los contendientes, con evidente exceso en el medio empleado, golpea a otro de gravedad con un arma, y seguidamente aquél hace lo propio con un instrumento también hiriente, respecto de su agresor, causándole la muerte.

Considera el mencionado autor que el que así ejercita su defensa de un tercero no debe ser condenado a muerte, y ello por dos razones. La primera: por las cualidades de las personas, de los instrumentos ofensivos empleados y del lugar y demás circunstancias concurrentes en el hecho, se deduce que el *mediator pacis* no tenía ánimo homicida, sino intención de promover la paz entre los que se enfrentaban (*non habuit animus occidendi, sed pacem mittendi*, advertirá). La segunda, porque aunque quiso agredir y agredió con resultado de muerte al agresor, pudo hacerlo lícitamente desde el momento en que procedió en defensa del primer agredido, y aunque pudo excederse en la defensa al matar al

¹⁴ Juan AALVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal*, ídem En núm. 6. En cuanto a la moderación en la defensa, el autor dice. «pero cuidado, que esa moderación no se ha de graduar con el rigor que la graduaría un confesor para regular si hubo pecado: por exemplo: si uno viene con un arma desembaynada a matarte, y puedes huir, y no huyes, el Confesor te dará con razón por pecado la muerte que dices pudiste evitar huyendo; pero en el fuero externo esta ley de la Partida citada terminente, en que si matas cuando otro venga con arma a matarte, seas libre de pena, sin que te ponga la precisión de huir pudiendo para librarte de la pena...». Sobre la relación entre Moral y Derecho penal, ver FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid 1969, p. 85 y ss. También José M.º GARCÍA MARÍN, *El aborto criminal*, p. 73 y ss.

agresor, no está obligado a sufrir la pena ordinaria, que es de muerte, sino la extraordinaria ¹⁵.

Nos parece interesante el matiz que el autor introduce, en el sentido de que, aunque considera como eximente la intervención que un tercero hace en favor de un extraño, a la que no duda en calificar como justa defensa en una línea discursiva que, como ya vimos en otra ocasión ¹⁶, parecía entreverse ya en Derecho romano, sin embargo, no pierde de vista la proporcionalidad que debe existir entre la defensa y la ofensa, sobre todo teniendo en cuenta que no se trata aquí de la defensa de un familiar (supuesto perfectamente reconocido por la ley y debatido por la doctrina, como sabemos), sino de *extranea persona*.

3. UN PRINCIPIO INCUESTIONABLE: LA ADECUACION DEFENSA-OFENSA

Pero la defensa ha de adecuarse a la ofensa inferida. Es el *cum moderamine inculpatae tutelae* que encontramos recogido en casi todos los autores consultados. Y ha de mantenerse el equilibrio, ya que, como señalan los tratadistas, el exceso en la defensa determina la culpabilidad del que se defiende, aunque no le haga incurrir en pena ordinaria o de muerte. En definitiva, como puntualiza Alvarez Posadilla, es necesario que el agredido no pueda defenderse de otro modo más que matando, ya que en otro caso la muerte causada al agresor será injusta y, «aunque no la castiguen las leyes, siempre será pecado» (adviértase de nuevo la disociación que en este autor se produce entre la responsabilidad moral o espiritual, que al que se defiende le corresponde en este caso, y la no existencia de delito en el fuero externo, o lo que es igual, conforme a la ley jurídico-positiva) ¹⁷.

Decíamos que el *ius defensionis* había de entenderse, a la luz de la doctrina, en un sentido lato, que escapa a la con frecuencia

¹⁵ Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones*, ídem Pedro PLAZA DE MORAZA, *Epitome delictorum*, I, XXVIII, núms. 25-27, pp 263-264

¹⁶ Cfr José M.º GARCÍA MARÍN, *La legítima defensa*, pp 419 y 435

¹⁷ Juan ALVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal*, ídem Pedro PLAZA DE MORAZA, *Epitome delictorum*, I, XXVIII, núm 19, p 260

rígida y abstracta normativa. Realmente, no puede pensarse de otro modo a la vista de las disgresiones que los autores hacen en torno a este principio. Ello se acusa de nuevo en Gregorio López y Antonio Gómez cuando, en la misma línea de pensamiento que luego adoptará Alvarez Posadilla, comentan que la justa defensa procede y tiene lugar conforme a derecho cuando el agresor se abalanza sobre el agredido, sin estar provisto de ningún género de armas, sino sólo animado de la intención de golpearle con la mano, en cuyo caso, si el agredido no pudiera evitarlo de otro modo, y su réplica causara la muerte de aquél, también se le considera eximido de culpa.

Conviene tener en cuenta aquí que ambos autores no olvidan precisar que el atacado puede actuar de tal modo cuando «de otra manera no pudiera evitar el ataque», lo que, a falta de otras consideraciones en orden al grado de intencionalidad en que ni los autores ni —lógicamente— nosotros entramos, configuran una suerte de homicidio preteintencional que, en principio, quebranta la regla generalmente admitida de la adecuación de la defensa a la ofensa, pero que también por principio se considera por la doctrina del momento como eximente¹⁸.

Como vemos, Antonio Gómez no pasa por alto esta cuestión del equilibrio que debe existir entre el ataque y la respuesta, factor capital que, junto a los otros ya conocidos, definen un auténtico ejercicio de la legítima defensa. En este sentido, entiende que el agredido que se excede en su defensa, debe ser castigado al menos con pena arbitraria, que ha de quedar al arbitrio judicial, y lo será —se apresura a subrayar el citado autor— *propter culpam et excessum*, entre otras razones, porque no se considera que cae en tanta responsabilidad quien no puede atemperar su justo dolor, especialmente cuando se estima que quien está poseído de gran afectación física y psíquica, no actúa con la plenitud de su intelecto¹⁹.

En la misma línea de descripción casuística y relativo asiste-

¹⁸ Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones*, ídem. Juan ALVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal*, ídem Gregorio LÓPEZ, glosa núm 4 a *Partidas VII*, 8, 2 Sobre la idea de preteintencionalidad en este período, ver Jose M^a GARCÍA MARÍN, *El aborto criminal*, pp 193-195

¹⁹ Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones*, ídem.

matismo que caracteriza la exposición de la doctrina de este período que, por otra parte, tanto contribuye a perfilar los detalles que configuran la institución analizada, Gregorio López plantea la interrogante de si es lícito que el hombre débil utilice algún tipo de arma u objeto contundente, ante la agresión de que es objeto por parte de un hombre robusto, pero desarmado. Responde afirmativamente, precisamente en función del equilibrio que en cualquier caso ha de darse entre defensa y ataque; solución que hace extensiva al supuesto en que el agredido fuese un anciano que hubiese de enfrentarse eventualmente a un injusto agresor joven y robusto (*si tamen insultans esse robustissimus, et alter senex*)²⁰.

JOSÉ MARIA GARCÍA MARÍN

²⁰ Gregorio LÓPEZ, glosa 4 a *Partidas* VII, 8, 2

VII

ANTONIO AGUSTIN Y ALGUNAS FUENTES RELATIVAS A LA «EPISCOPALIS AUDIENTIA» *

Hace dos años se cumplió el cuarto centenario de la muerte del que fuera arzobispo de Tarragona, Antonio Agustín (1517-1586), y una vez más hay que lamentar el escaso interés que la ingente obra jurídica de este gran humanista ha despertado tradicionalmente entre los romanistas y los historiadores del derecho en general; tal indiferencia se refleja, por ejemplo, de manera evidente, en la única y circunstancial mención que de nuestro hombre, por más que su obra tenga una proyección sobre todo canónica, hace Wieacker en su *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* ¹, e incluso podría decirse que el enfrentamiento con la magna figura de Agustín genera en quien lo intenta cierto desasosiego que le impulsa a ocultar, tras un velo de elogios encendidos al autor, la desconfianza en las propias fuerzas para abordar el estudio de su obra.

Y es que la misma magnitud de esa obra ² hace que su estudio sea el trabajo de una vida —o de muchos hombres—, un trabajo, además, que se enfrenta a la dificultad básica de tener que partir casi desde cero a causa de la escasez —y uniformidad— de la bibliografía sobre Antonio Agustín ³.

* Este trabajo fue compuesto por invitación del Profesor D Juan A. Arias Bonet como contribución a un volumen conmemorativo del cuarto centenario de la muerte de Antonio Agustín que él proyectaba, pero no llegó a cuajar. Con un respeto profundo quiero ahora dedicar estas páginas a la memoria del Profesor Arias Bonet, tan trágicamente desaparecido

¹ WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Gottingen, 1967), p. 158

² Las *Opera Omnia* (en adelante *Opp*) de Antonio Agustín llenan ocho volúmenes en folio: *Antonii Augustini Archiepiscopi Tarraconensis Opera Omnia* Lucae MDCCLXV-MDCCLXXIV *Typis Josephi Rocchi*.

³ La bibliografía básica sobre Antonio Agustín puede verse en DE ZULUETA, F., «Don Antonio Agustín», en *Boletín Arqueológico de la Real Sociedad Arqueológica tarraconense* (1947), pp 48 y s., y en CÓRDOVA FERNANDEZ, V., «Antonio Agustín y el Derecho Romano», en la misma revista (1964-1965), pp 3 y s del extracto Sin

Precisamente, la conmemoración del cuarto centenario de su muerte nos brinda una excelente ocasión para comenzar, al menos, a descender a Agustín del Olimpo de los vanos elogios en el que se encuentra injustamente relegado y para acercarnos a su producción en sí misma considerada y sin limitarnos, por una vez, a insistir sobre su «historia externa».

A finales de 1535, tras doctorarse en Derecho Civil en Salamanca, Antonio Agustín inicia su período de formación en Italia; desde 1538 asiste en Bolonia a las lecciones de Andrés Alciato y, en parte por influencia de éste, evoluciona paulatinamente desde el método bartolista tradicional hacia las nuevas corrientes del humanismo jurídico⁴. Lo principal de su obra, tanto romanística como canonística, se orientará según las líneas directrices de este nuevo método jurídico.

Dejando aparte los aspectos más llamativos de la polémica de los humanistas contra los seguidores del método tradicional, a quienes, entre otras cosas, reprochan los primeros la rudeza de su lenguaje⁵, la nueva orientación introducida por Alciato en el campo de la ciencia jurídica⁶ se caracteriza por una manera distinta de entender el legado jurídico de la Antigüedad; comparte

ánimo exhaustivo habría que añadir también el artículo de G. GUTIERREZ sobre Antonio Agustín en vol. I del *Diccionario de Historia Eclesiástica de España* (Madrid, 1972), pp. 16 y s.; PALAZZINI FINETTI, L., «Storia della ricerca delle interpolazioni nel "Corpus Iuris" giustiniano» (Milán, 1953), pp. 173-174 y 185-186, PIANO MORTARI, V., «Gli inizi del diritto moderno in Europa» (Nápoles, 1980), pp. 408-409, BENEYTO, J., «Índice y balance del Decretismo español», en *Studia Gratiana II* (1954), pp. 552-555 y 560-562, DE LOS MOZOS, J. L., «Humanismo y "mos gallicus" en la Escuela de Salamanca», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 20 (1973), pp. 226-228, GIBERT, R., *Ciencia jurídica española* (Granada, 1982), pp. 7 y s., FLORES, C., *Antonio Agustín y las fuentes jurídicas griegas bizantinas*, tesis doctoral (La Laguna, 1972)

⁴ DE ZULUETA, *ob. cit.*, pp. 53-54, 68, CÓRDOVA FERNANDEZ, *ob. cit.*, pp. 37-41

⁵ En el prefacio al libro segundo de sus *Emendationum et Opinionum* (*Opp.* II, página 28), Antonio Agustín reprocha a los grandes juristas medievales al ser «hombres doctos, pero ajenos a toda elegancia» y en el prefacio al libro primero se queja (p. 4) de una «lengua bárbara, la cual ni aun en nuestros tiempos, en que todas las ciencias se restituyen a su antiguo esplendor, se puede extinguir, ni nuestras Universidades, Tribunales y libros la pueden expeler». Sobre la polémica humanista, vid. MAFFEI, D., *Gli inizi dell'umanesimo giuridico* (reimpr., Milán, 1964), páginas 33-78; DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, pp. 215 y s.

⁶ CANNATA, C. A., *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza europea II²* (Turín, 1976), p. 23

con la escuela de los glosadores y de los comentaristas una misma actitud de reverencia hacia ese legado, pero no porque le reconozca el valor de *ratio scripta*, inamovible como tal y directamente aplicable, junto con el aparato de glosas y comentarios añadido por la tradición medieval, a la regulación de la vida jurídica actual, sino por considerarlo manifestación de una cultura en cuyo espejo quisiera reconocerse⁷.

Despreocupados de su aplicación práctica, y con el camino en buena parte preparado por el progreso de las *humanae litterae* logrado ya al margen de los estudios jurídicos, los humanistas se encuentran en condiciones de abordar el material jurídico romano en su verdad histórica —que intentarán restablecer ayudados por los poderosos instrumentos de la crítica, de la filología y de la historia— y sin limitarse al *Corpus Iuris*, cuyas interpolaciones, advertidas por el propio Justiniano, generan en muchos la peculiar actitud del «Antitribonianismo»⁸.

En este sentido, puede afirmarse, como lo hace Maffei, que la polémica de los humanistas se dirige más contra el presente, contra «*quei contemporanei che si dimostrano ostinati seguaci del metodo scolastico*», que contra el pasado⁹, contra un pasado que, por vez primera, es visto como tal, restituido a la historia¹⁰ y, de esa manera, despojado de su consideración privilegiada: «*la legge romana va interpretata con perizia linguistica ed erudita, per capirla; ma quando si sia capita, si capisce insieme che essa non è la legge*»¹¹.

Antonio Agustín, uno de los mejores discípulos de Alciato¹²,

⁷ KOSCHAKER, P, *Europa y el Derecho Romano*, trad. esp de José Santa Cruz Teijeiro (Madrid, 1955), pp. 167 y s, ELÍAS DE TEJADA, F, *Tratado de Filosofía del Derecho II* (Sevilla, 1977), p 429, CANNATA, *ob cit*, p. 22

⁸ Vid PALAZZINI FINETTI, *ob. cit*, pp 41 y s.

⁹ MAFFEI, *ob cit.*, p. 47.

¹⁰ Vid ORESTANO, R, «Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo sedicesimo», en *Atti I Congr Intern della Società Italiana di Storia del Diritto La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche* (Florenca, 1966), pp 389-415 (= «Diritto». *Incontri e scontri* [Bologna, 1981], pp 349-381)

¹¹ GARIN, E, «Leggi, diritto e storia nelle discussioni dei secoli XV e XVI», en *Atti cit nota anterior*, p 424

¹² PALAZZINI FINETTI, *ob. cit*, p 173 núm 106. *Ex Alciati autem disciplina produt eximius ille, et in omni litterarum genere eruditissimus Antonius Augustinus, cutus in Romanan iuris scientiam, ipsumque ius Canonicum egregia sunt merita* JO AUGUSTUS BACHIUS, in *Hist Iurispr. Rom.*, lib 4, caps 3 y 10

es humanista en el más pleno sentido de la palabra. Para caracterizarle como tal, más que repetir las alabanzas que en términos parecidos adornan siempre los trabajos que de él se ocupan, es preferible transcribir sus propias palabras, en las que late un fondo de la viva polémica que agitaba entonces el panorama de la Jurisprudencia: en carta a M. Pascual, de 26 de abril de 1537 ¹³, se queja Agustín de que «*in id namque incidimus temporis, ut eos minus peritos juris esse, apud quos humanarum litterarum magis sit vulgo putent*», y su preferencia por el nuevo método queda de manifiesto en el prefacio al libro cuarto de sus *Emendationum et Opinionum*, dedicado *ad Antonium Pernotum Pontificem Atrebatensem*: «*Neque enim existimo, te illorum probare sententiam, qui iuris scientiam carere volunt omni non solum ornata, sed etiam succo, et sanguine, qui ex utriusque linguae cognitionis, antiquitatis, temporumque peritia toto corpore cognoscitur esse diffusus*» ¹⁴. Sin embargo, como buen humanista y hombre de vasta erudición (*vir usque ad miraculum doctus*: ARTH. BUCK, *de Auctor. Iuris Civ. Lib. 2 cap. 6 sect. 31*), las inquietudes intelectuales de Agustín se extienden también a otros campos relacionados con la Antigüedad, a los que dedicó diversas obras que constan en la relación de Nicolás Antonio ¹⁵.

Antonio Agustín es reconocido sin dificultad como uno de los más grandes humanistas españoles y nadie discute su encuadramiento en la nueva escuela, pero presenta algunas peculiaridades que le distinguen dentro de ésta.

Uno de estos rasgos diferenciales es su total alejamiento de la práctica y de la docencia del derecho. Pese a haber desempeñado diversos cargos y cumplido distintas misiones de índole política, no se traduce en su obra preocupación alguna por los derechos nacionales o por los problemas prácticos del Derecho romano. A diferencia de su maestro Alciato, que era abogado y profesor, o

¹³ En *Opp.* VII, p. 171

¹⁴ En *Opp.* II, p. 73

¹⁵ NICOLAO ANTONIO, *Bibliotheca Hispana Nova I* (Madrid, 1783), p. 100 VILLA NUEVA, J., *Viaje literario a las Iglesias de España XX* (Madrid, 1851), p. 79 «Don Antonio Agustín, con el entrañable amor que profesaba a la antigüedad, deseó formar en su casa arzobispal un museo donde se recogiesen todos los restos de los monumentos romanos Tarraconenses »

de Diego de Covarrubias (1512-1577), llamado el «Bartolo español» y cuya obra está presidida por la concepción de la ciencia jurídica como ciencia práctica¹⁶, la labor de Antonio Agustín, desarrollada con total fidelidad al método de Alciato, pero «sin la oposición que representan profesores, alumnos y clientes»¹⁷, se dirige plenamente a la reconstrucción histórico-crítica de los textos y, en este sentido, la figura de su autor aparece con los caracteres del erudito puro¹⁸.

Una posible excepción a esta preocupación exclusivamente científica de Agustín es su obra *De Emendatione Gratiani dialogorum libri duo*¹⁹, pues, aunque iniciada ya en 1543, no deja de tener relación con la corrección del *Decretum Gratiani* promovida por el Vaticano una vez finalizado el Concilio de Trento y para la que se requirió, en repetidas ocasiones, la colaboración de nuestro humanista: éste, si bien no llegó a formar parte de la comisión de *correctores romani* creada por los Pontífices, influyó de tal manera en sus trabajos que su libro y la edición romana del *Decretum* (1582) han de considerarse juntos²⁰.

La segunda peculiaridad que aquí interesa resaltar se refiere a la enorme significación que para la ciencia del Derecho canónico tiene la obra de Antonio Agustín. Trabajos como el ya mencionado *De Emendatione Gratiani* o el *Epitome iuris pontificii veteris*²¹ le configuran como el fundador de la historia del Derecho canónico; pionero en la aplicación del nuevo método del *mos ga-*

¹⁶ PIANO MORTARI, *ob. cit.*, p. 143, DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, pp. 229 y s.

¹⁷ GÓMEZ PIÑÁN, T., «Antonio Agustín (1517-1586) Su significación en la ciencia canónica», en *A H D.E.* 5 (1928), p. 365.

¹⁸ PIANO MORTARI, *ob. cit.*, p. 408; PALAZZINI FINETTI, *ob. cit.*, CÓRDOVA FERNANDEZ, *ob. cit.*, p. 7, PÉREZ PRENDES, J. M., *Curso de Historia del Derecho Español I*⁴ (Madrid, 1984), p. 871

¹⁹ Publicada por primera vez en Tarragona, en 1587 y recogida en *Opp* III, pp. 1-216

²⁰ BENEYTO, *ob. cit.*, p. 560, BIDAGOR, R., «Contribución española al estudio del *Decretum Gratiani*», en *Studia Gratiana* II (1954), p. 539. Vid. SCHULTE, J. F. v., *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts von der Mitte des 16. Jahrhunderts bis zur Gegenwart*, III/1 (reimpr. Graz, 1956), p. 725; MAASEN, F., *Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts im Abendlande* (reimpr. Graz, 1956), pp. XXVII-XXVIII; GÓMEZ PIÑÁN, *ob. cit.*, pp. 374 y s.

²¹ En *Opp* V-VI.

llicus a las fuentes de este Derecho, Antonio Agustín ocupa en este campo «una posición semejante a la de Alciato y Cuyacio en el del Derecho romano»²².

Mínimamente situado nuestro humanista dentro del marco de la ciencia jurídica de su época, podemos entrar ya en el examen del tema que da título al presente trabajo, pero no sin la previa advertencia de que un completo recorrido por todas las fuentes que, relacionadas en mayor o menor medida con «la justicia episcopal en las causas civiles entre laicos»²³, son objeto de la atención de Antonio Agustín en una u otra de sus obras excedería los límites de este pequeño artículo, razón por la cual nos limitaremos a resaltar algunos puntos que nos han parecido importantes.

Empezando por los textos recogidos en el *Corpus Iuris*, son dos las obras de Agustín que deben centrar nuestra atención: la restauración de las constituciones griegas del *Codex* y la edición del *Epitome Novellarum* de Juliano²⁴.

Por lo que se refiere a la primera de las obras mencionadas, su finalidad consiste en la restitución de las constituciones griegas desaparecidas del *Codex* durante la Edad Media y que no habían sido recogidas por Aloandro en su edición de 1530; para ello se sirve Agustín de diversas fuentes bizantinas, eclesiásticas y civiles²⁵.

Una de las constituciones así restituidas es CJ. 1,4,29, del 530²⁶, cuyo § 4 confirma explícitamente el carácter arbitral de

²² SCHULTE, *ob. cit.*, p. 728; DE ZULUETA, *ob. cit.*, p. 62; PIANO MORTARI, *ob. cit.*, p. 409, MESNARD, P., «La place de Cujas dans la querelle de l'humanisme juridique», en *R H D.F E* (1950), p. 531

²³ Subtítulo de nuestro estudio *La «episcopalis audientia»* (Valladolid, 1985), con el que se pretende acotar lo que por ésta se entiende.

²⁴ Los títulos completos de estas obras son los siguientes: *Constitutionum Graecarum Codicis Justiniani collectio et interpretatio* y *Juliani Antecessoris Constantinopolitani Novellarum eiusdem Imperatoris epitome, additis Latinis quibusdam Novellis Constitutionibus eiusdem. cum Paratitulis, sive Scholiis*. Ambas fueron publicadas por primera vez en Lérida (1567) y se recogen en *Opp.* II.

²⁵ KRUGER, P., *Histoire des sources du Droit Romain*, trad. del alemán por M. Brissaud (París, 1894), p. 152 y nota 2, DE ZULUETA, *ob. cit.*, pp. 79 y s., CORDOVA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 27-28 y nota 51, BONFANTE, P., *Storia del Diritto Romano II*⁴ (Roma, 1934), p. 191, BIENER-HEIMBACH, *Beitrag zur Revision des Justinianischen Codex* (Berlín, 1833; reimpr., 1970), pp. 13 y s.

²⁶ Extraída por Agustín de una *Collectio Graecarum constitutionum Ecclesiasticarum*. Vid. BIENER-HEIMBACH, *ob. cit.*, p. 115.

la *episcopalis audientia* al decir, en el texto restaurado por Agustín: *Si vero civilium rerum controversia sit; volentes quaestionem apud eosdem antistites instituere, patiemur: invitos tamen non cogemus; cum iudicia civilia sint, si ea adire malint, apud quae licet etiam de criminibus cognoscere*²⁷. La mayor parte de esta ley se refiere, sin embargo, a cuestiones no encuadrables en el concepto de *episcopalis audientia*, como pueden, ser en el mismo & 4, la reserva a la jurisdicción eclesiástica de las cuestiones relativas *ad ecclesiasticum status* (*has autem actiones, siquidem ad Ecclesiastica negotia pertinent*, vierte Agustín sin añadir precisión alguna) o, en pr. y & 2, el orden a seguir en vía eclesiástica en el conocimiento de las acusaciones contra clérigos; sobre este último punto, y a propósito de una disposición de la ley que reitera la prohibición establecida por constituciones anteriores de apelar la sentencia pronunciada por el Patriarca provincial como juez de última instancia, Agustín señala en nota (a): *Has constitutiones existimo nos non habere*, y advierte que, en todo caso, deben ser entendidas *salva Sedis Apostolicae Romanae auctoritate, ad quam licet omnibus appellare* según fue establecido por el Concilio de Nicea y consta por numerosas fuentes.

Otras dos notas completan el aparato que Agustín añade a su *interpretatio* de CJ. 1,4,29. Una de ellas (b) identifica la ley a la que hace referencia la regulación de las espórtulas en CJ. 1,4,29&1: *Constit. 2. Graeca de sportulis* (= CJ. 3,2,4, del 530), y la otra (c) aclara las disposiciones del &2 sobre la apelación cuando el conocimiento de la causa ha sido delegado por el Patriarca a algún inferior²⁸.

²⁷ En *Opp* II, p 184 Vid CUENA BOY, *ob cit*, p 165.

²⁸ La versión del &2 que Agustín ofrece comienza con la frase *Enim vero si remissa causa ad sanctissimum Patriarcham, aut ad aliquem ex religiosissimis Metropolitanis, aut ad aliquem Dei amantissimorum Episcoporum, sententia lata sit* (*Opp* II, pp 182-183), cuyo sentido no se ajusta exactamente a lo dicho en el texto y que obliga, probablemente, a Antonio Agustín a introducir en nota (c) una distinción entre Patriarca constantinopolitano y Patriarcas inferiores *Si causa delegata est a Patriarcha Constantinopolitano et commissa inferiori Metropolitanis, aut etiam Primati, vel Patriarchae*. Esa misma frase figura en el *Codex* editado por Dionisio Godofredo (*Coloniae Munatianae, Fratrum de Tournes, 1771*) II, p 54, lo que no es de extrañar, puesto que, como declara en nota 27, Godofredo recoge la *interpretatio Antonii Augustini*. Ediciones como la de BECK o la de KRUGER prefieren

Dado que la lengua original de las restantes leyes relativas a la *episcopalis audientia* que se recogen en el *Codex* es el latín (CJ. 1,3,25; 1,3,32; 1,4,7; 1,4,8 y 1,4,13), esto es prácticamente todo lo que puede ofrecer para nuestro tema esta primera obra de Agustín.

En cuanto a la edición del *Epitome Juliani*, se trata de una obra mediocre si se la compara con el propósito inicial, que Agustín ya expuso en una carta dirigida a Mendoza en 1544²⁹, de realizar una edición completa de las Novelas. Con todo, esta edición de Juliano, con los *paratitla* de Agustín, contiene mucho de interesante, en opinión de Biener³⁰, para las Novelas en general.

Son dos las Novelas de Justiniano que principalmente nos interesan: la Nov. 86 (539), que atribuye a los obispos un conjunto de funciones heterogéneas de colaboración con y control sobre la justicia estatal, y la Nov. 123 (546), que introduce en su c. 21 pr. una posibilidad de apelación de la sentencia episcopal ante la jurisdicción secular³¹. Agustín recoge ambas Novelas con esta misma numeración, pues ordena los textos del *Epitome* según la colección de 168 Novelas, que él considera original de Justiniano³².

Si prescindimos de las variantes textuales recogidas por Agustín, el aparato que éste añade a la Nov. 86³³ se reduce a una primera nota de carácter general (a) en la que indica el lugar y el título de la misma en el *Authenticum* y recuerda que fue editada *graece et latine* por Aloandro, y una segunda (b) al capítulo 2 para señalar que figura como *authentica* a CJ. 3,1,16 (*Vide Auth. Si vero. C. de iudiciis*) y que su texto es recogido en el *Decretum* de Ivo de Chartres, parte 16, cap. 143, como constitución 66, capítulo 2.

Mayor interés presenta, en cambio, la *interpretatio* que Agus-

una construcción de ablativo (*si igitur, remissa causa a sanctissimo patriarcha aut ad aliquem ex religiosissimis metropolitanis, aut ad*) que expresa mucho mejor el sentido de la disposición.

²⁹ En *Opp.* VII, pp. 185-186

³⁰ BIENER, F. A., *Geschichte der Novellen Justinians* (Berlín, 1824, reimpr., 1970), pp. 391-393, mucho más crítico DE ZULUETA, *ob. cit.*, pp. 78 y s. Sobre el plan original de Agustín, vid. BIENER, *ob. cit.*, pp. 359-360

³¹ Sobre estas leyes, vid. CUENA BOY, *ob. cit.*, pp. 166 y s. y 176 y s. respectivamente

³² BIENER, *ob. cit.*, pp. 360 y 391, DE ZULUETA, *ob. cit.*, p. 79

³³ Recogida en *Opp.*, II, pp. 329-330

tín ofrece del término (*more*) παρασημειώσεως, con el que, en contraposición a *amicabilis compositio* y a *cognitionaliter*, se caracteriza en el mismo capítulo 2 una de las formas en que debe ser resuelto el litigio cuando, por sospechar alguna de las partes del juez civil, la causa deba ser examinada conjuntamente por éste y el obispo. A tenor de dicha *interpretatio*, el término mencionado equivale a *naturaliter, non cognitionaliter*, o bien a *de plano, sine causae cognitione, sine scripto*³⁴.

Los problemas que plantea la Nov. 123, y en especial su c. 21, son de mayor entidad³⁵. Como es habitual en su edición del epitome, comienza Agustín indicando, en una nota de carácter general (d), el lugar y el título de la ley en el *Authenticum* y su inclusión en la edición de Aloandro, pero en esa misma nota advierte: *Latina quaedam verba eiusd. const. refert Divus Greg. quae neque Juliani sunt neque scriptoris Authenticorum, ut Nov. 90 dictum est*, y reitera esta advertencia a propósito de los capítulos 19 (= c. 30 A.A.) y 21 (= c. 32 A.A.) de esta Novela³⁶.

Agustín es consciente de la importancia que esta noticia tiene para la determinación de la antigüedad del *Authenticum*, según se desprende de la nota (c) a Nov. 90: *Nec non a beato Gregorio, qui graecam linguam ignorabat, referuntur quaedam verba hujus const. quae neque cum verbis Juliani, neque cum verbis Autenticor. conveniunt; quamvis sententia eadem sit. Idem quoque refert alia verba Nov. const. 123. Quo sit, ut ab illis differentiam, qui putant*

³⁴ *Verborum quorundam Juliani interpretatio*, en *Opp.* II, p. 389. Para ZILLETI, U., *Studi sul processo civile giustiniano* (Milán, 1965), p. 259, nota 85, *more παρασημειώσεως* (*per modum adnotationis*), expresión que aparece también en Nov. 82, c. 5, no significa un procedimiento ἀγράφως, sino un procedimiento de «verbalizzazione abbreviata e con probabile restrizione delle proposizioni delle parte» y de aplicación muy limitada.

³⁵ La ley completa se recoge en *Opp.* II, pp. 361-372, y su c. 21 en pp. 367-368.

³⁶ Nota (a) al c. 30 (p. 367) *Divus Gregorius lib. 11 c. 54 registri, cujus verba Gratianus refert 11 quaest. 1 c. 39* (c. 38 en la ed. de Friedberg) *De persona: aliquot verba hujus capituli, sed non Juliani, refert. Videtur autem hoc caput 51 appellare, et quod nos c. 32 idem vocat 53. Hujus constitutiones titulum sic scribit: «de sanctissimis, et Deo amabilibus, atque reverentissimis Episcopis, clericis, et monachis Imp. Justinianus Aug. Petro gloriosiss. Praef. Praet.»*. Nota (c) al c. 32 (p. 367). *Divus Gregorius hanc Novellarum constitutionem appellat sub eo titulo, quem capite 30 retulimus, hoc vero eius const. caput 53. Verba ab eo relata neque Juliani sunt, neque barbaris interpretis Authenticor.*

*Authenticor. interpretem Gregorio antiquiorem, aut aequalem fuisse, et Justiniani temporibus proximum*³⁷. Sin embargo, su insistencia en las notas mencionadas en que las palabras referidas por Gregorio Magno *neque Juliani sunt neque scriptoris Authenticorum* parece indicar que él no cree que Gregorio dispusiera del *Authenticum*, opinión ésta que es compartida por Krüger con base en la constatación de que Gregorio utilizaba para la Nov. 90 c. 9 una traducción distinta a la de esta colección³⁸.

Pero vengamos ya al texto de Gregorio. Se trata de una epístola del año 603 (13,45; ed. Maur.) dirigida al *defensor* Juan que recoge, en todo o en parte, varios capítulos de la Nov. 123³⁹. El c. 21 pr. es recogido en parte con las siguientes palabras: *Si quis contra aliquem clericum, aut monachum, aut diaconissam, aut monastriam, aut ascetriam habet aliquam actionem, adeat prius sanctissimum episcopum, cui horum unusquisque subjaceat: ille vero causa inter eos diiudicet. Et si quidem utraque pars his quae iudicata sunt non acquieverint, jubemus per loci iudicem haec executioni perfecte mandari, etc.*

Aunque Agustín no lo señala, este fragmento del c. 21 pr. es recogido en el *Decretum Gratiani*, C. XI, qu. 1, c. 38, junto con una parte del c. 19⁴⁰ y precisamente con las palabras de Gregorio, en las cuales, sin embargo, se observa una anomalía —tampoco señalada por Agustín en las variantes textuales— consistente en encomendar la ejecución de la sentencia episcopal al *iudex loci si quidem utraque pars his quae iudicata sunt NON acquieverint*⁴¹.

La presencia de los capítulos 8 (= c. 10 A.A.) y 22 (= c. 35 A.A.) de esta Novela en la epístola de Gregorio Magno tampoco es advertida por Agustín, que sí deja constancia de la presencia del pri-

³⁷ En *Opp* II, p. 333

³⁸ KRÜGER, *ob. cit.*, p. 478, vid WENGER, L., *Die Quellen des römischen Rechts* (Viena, 1953), p. 670

³⁹ *Capitulare legum Imperialium immunitate clericorum Joanni defensori eunti in Hispaniam De pluribus causis examinandis*, en MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio* (Florenca, 1759-1798), vol. 10, col. 376. c. 19 (= c. 30 A.A.), c. 21 (= c. 32 A.A.), col. 377. c. 8 (= c. 10 A.A.), c. 22 (= c. 35 A.A.)

⁴⁰ En este caso sí lo advierte Agustín. vid *supra* nota 36

⁴¹ Vid *Decretum Gratiani*, ed. Friedberg (Leipzig, 1879) col. 637: NOTATIONES CORRECTORUM. *non acquieverint In Authentica de sanctiss. episcopis, et apud Iulianum abest negatio*

mero en el *Decretum*, C. XI, qu. 1, c. 8, y parece consciente de que la inscripción con que allí aparece —*Item Bonifatius ad Episcopos Galliae*— es falsa, pues apunta: *Antiqui Bonifacii ad Episc. Galliae inscriptionem retinent*⁴², mientras que para el segundo ni siquiera señala su inclusión, muy alterado en todo caso, en *Decretum*, C. VI, qu. 4, c. 3⁴³.

Ultimo dato digno de mención por lo que a la Nov. 123 se refiere es la utilización por Agustín, en el c. 21 (= c. 32 A.A.) de la misma, del término *calculus* (ψηφου) con el sentido de *decretum* o *sententia*⁴⁴.

Fuera ya de la compilación justiniana, hay una constitución de Constantino sobre la *episcopalis audientia* que es, probablemente, la que mayores problemas de interpretación plantea, por el carácter jurisdiccional y la enorme amplitud que, de ser auténtica, atribuye a la intervención episcopal en las causas civiles entre laicos y por su contraste en este sentido con la legislación imperial anterior y posterior sobre la materia. Se trata de la famosa constitución Sirmondiana primera, la cual, aunque reitera, según su propia declaración, la ordenación de un edicto anterior no conservado, al permitir la *provocatio* unilateral al juicio episcopal, modifica en profundidad la naturaleza arbitral que hasta entonces había distinguido a la *episcopalis audientia* y dota al obispo de tan amplias posibilidades de intervención en los litigios puramente seculares que reduce el papel de los jueces civiles mucho más allá de lo que pudiera considerarse razonable.

Estas y otras razones de peso han llevado a muchos a dudar de la autenticidad de esta constitución en el texto que nos es conocido⁴⁵, y no deja de ser significativo, en este sentido, que ella sea la única ley imperial directamente reguladora de la *episcopa-*

⁴² Nota (b) al c. 8 (= c. 10 A.A.) en p. 364; a esta misma cuestión se refiere Agustín en *De Emendatione Gratiani*, lib. 1, dial. 14 (en *Opp.* III, p. 75), donde señala con claridad que este fragmento *Juliani Antecessoris est Novella CXXIII c. X*. Vid. VETULANI, A., *Une suite d'études pour servir à l'histoire du «Décret de Gratien»* II «Les Nouvelles de Justinien dans le Décret de Gratien», en *R.H.D.F.E.* (1937), pp. 464 y s.

⁴³ Vid. CARON, P. G., «I poteri del Metropolita secondo Graziano», en *Studia Gratiana* II (1954), pp. 262-263 y nota 24.

⁴⁴ «Verborum quorundam Juliani interpretatio», en *Opp.* II, p. 386.

⁴⁵ Vid. CUENA BOY, *ob. cit.*, pp. 48-57, con lit.

lis audientia que ha merecido el honor de su inclusión en el *Decretum Gratiani* ⁴⁶, mientras que su texto no es recogido ni en el Código Teodosiano ni en el Justiniano.

Pero es que la inclusión misma de la S. 1 en el *Decretum* presenta algunas anomalías que es preciso resaltar. El texto —incompleto— de la ley se recoge en C. XI, qu. 1, c. 35 ⁴⁷ y c. 36 ⁴⁸ precedido de una inscripción falsa que la atribuye al emperador Teodosio porque el también falso capitular que se inserta a continuación ⁴⁹ la declara extraída del *Codex Theodosianus*.

Por otra parte, no puede pensarse que Graciano diera a esta ley un valor meramente histórico, pues en el *dictum* que sigue al c. 36 previene de modo expreso contra esta interpretación advirtiéndole que un capitular de Carlomagno restableció su vigencia ⁵⁰.

⁴⁶ Con anterioridad, la S. 1 figura ya en los *Libri synodales* de REGINON, II, 116, en la *Collectio canonum* de ANSELMO DE LUCA, III, 108, en las *Petri exceptiones*, IV, 27, en la *Collectio canonum* de DEUSDEDIT, IV, 149, en el *Decretum*, XVI, 312 y la *Panormia*, V, 23 de IVO DE CHARTRES, en la *Collectio trium Partium*, III, 29 (30), 235 y en la *Collectio Caesaraugustana*, V, 13

⁴⁷ C XXXV *Quicumque liceat sacrosanctae sedis antistitis iudicium eligere —Quicumque litem habens, sive petitor fuerit, vel in initio litis vel decursis temporum curriculum, sive cum negotio peroratur, sive cum iam ceperit promi sententia, si iudicium elegerit sacrosanctae legis antistitis, illico sine aliqua dubitatione, etiam si alia pars refragatur, ad episcoporum iudicium cum sermone litigantium dirigantur.*

⁴⁸ C. XXXVI *Idem —Omnes itaque causae, que pretorio vel civili iure tractantur, episcoporum sententis terminatae perpetuo stabilitatis iure firmentur, nec ulterius liceat retractori negotium, quod episcoporum sententia deciderit Testimonium etiam, ab uno licet episcopo perhibitum, omnes iudices indubitanter accipiant, nec alius audiatur, cum testimonium episcopi a qualibet parte fuerit repromissum Illud enim veritatis auctoritate firmatum, illud incorruptum habeatur, quod a sacrosancto homine conscientia mentis illibatae fuerit prolatum. Hoc nos edicto salubri firmamus, et perpetua lege tenendam esse censemus*

⁴⁹ C XXXVII *—Volumus atque praecipimus, ut omnes nostrae dittoni subiecti, tam Romani quam Franci, Alemanni, Bawari, Saxones, Toringi, Fresones, Galli, Burgundiones, Britones, Longobardi, Guascones, Beneventani, Gothi, Hispani, ceterique omnes nobis subiecti, quocumque videantur legis vinculo stricti vel consuetudinario conexas more, hanc sententiam, quam ex sectodecimo Theodosii imperatoris libro, capitulo videlicet undecimo, ad interrogata Ablavii ducis, quam illis et omnium fidelium nostrorum posuimus, lege cuncti perpetua tenant, id est Quicumque litem habens, sive petitor fuerit, etc. ut supra*

⁵⁰ *Dictum Gratiani post c. XXXVI Hec si quis antiquata contendat, quia in Iustiniani codice non inveniuntur inserta, per Karolum renovata cognoscat, qui in suis*

Sin embargo, sobre ese capitular en el que Graciano pretende basar la renovada validez de la S. 1 pesan fundadas sospechas de falsedad, puesto que forma parte del libro II de Benedicto Levita (*Capitul. II*, 366), redactor de los falsos capitulares que pretendería con esta concreta falsificación «liberar al obispo, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, de toda sujeción al poder secular»⁵¹, y contradice, además, el comentario oficial del propio Carlomagno al artículo XXXVII del gran capitular de Aix-la-Chapelle de 789, en el que el emperador no autoriza la jurisdicción episcopal sino en base al acuerdo entre las partes⁵².

¿Qué reflejo tienen estas cuestiones en la obra de Antonio Agustín?

Debemos referirnos, en primer lugar, al *Epitome iuris pontificii veteris*, obra en la que Agustín intenta una exposición sistemática y ajustada al orden gayano del antiguo derecho de la Iglesia, que queda así dividido en tres partes: *de personis*, *de rebus* y *de actionibus, sive judiciis*⁵³.

El texto de la S. 1 se incluye en Parte I (*de personis*), lib. IV, tit. LX (*de iudicio episcopi*), c. XLV⁵⁴ con la siguiente indicación: *Edict. Constant. Imperator. apud conc. Valent. sub Lothario*, pero falta en él aquella parte que es para nosotros más importante por autorizar la *provocatio* unilateral (*etiamsi alia pars refragatur*) al juicio episcopal en cualquier momento anterior al pronunciamiento de la sentencia por el juez estatal ante el que pende el litigio (*cum iam coeperit promi sententia*)⁵⁵.

Capitularibus (l. VI. c. 281) ait inter cetera, y sigue el c. 37 en el que se recoge el capitular en cuestión. Sobre el sentido de la inclusión de la S. 1 en el *Decretum*, vid. DAUVILLIER, J., «La jurisdiction arbitrale de l'Eglise dans le Décret de Gratien», en *Studia Gratiana IV* (1956-1957), pp. 124 y s.

⁵¹ VISMARA, G., *Episcopalis audientia* (Milán, 1937), p. 173.

⁵² Vid. LECLERQ, H., art. «Jurisdiction», en *Dict. D'Archéol. Chret. et de Liturgie VI* (París, 1928), col. 490-492 (el texto del comentario imperial al art. XXXVII del capitular de 789 en col. 492). MARTONE, L., *Arbiter-Arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune* (Nápoles, 1984), p. 49, subraya las circunstancias que pudieron influir en la inclusión de la S. 1 en el *Decretum*.

⁵³ SCHULTE, *ob. cit.*, pp. 725-726; PIANO MORTARI, *ob. cit.*, p. 409, GÓMEZ PIÑAN, *ob. cit.*, p. 378. El *Epitome* se encuentra en *Opp. V-VI*.

⁵⁴ En *Opp. V*, p. 169.

⁵⁵ El fragmento omitido (*Quicumque-dirigatur*) es precisamente el que figura en *Decretum*, C. XI, qu. 1, c. 35. vid. supra nota 47.

¿Cómo interpretar esta omisión si se tiene en cuenta que Agustín, en esta obra, recoge los textos completos o, al menos, en extracto literal ⁵⁶? No parece que el fragmento omitido faltara ya en la fuente de Agustín, puesto que éste, en una *addictio* al dial. 11, lib. 2 del *De Emendatione Gratiani*, anota ⁵⁷ a propósito del primer fragmento de la S. 1 recogido por Graciano (C. XI, qu. 1, c. 35: *Quicumque-dirigatur*) que éste es seguido *in concilio tertio Valentino sub Lothario* por la frase *multa enim, quae in iudicio captiosa praescriptionis iuricula non patiuntur, investigat et promit sacrosanctae religionis auctoritas* ⁵⁸, y que a ésta sigue el segundo fragmento de la S. 1 que figura en el *Decretum* (c. 36).

Por tanto, habría que atribuir al mismo Agustín la responsabilidad de tan importante omisión, como consecuencia de la cual, aunque las sentencias pronunciadas por los obispos en materia civil siguen gozando de la más alta consideración y se llevan a ejecución por los jueces seculares, al eliminarse toda referencia a la posibilidad de una *provocatio* unilateral, ya no resulta tan clara la conversión por la S. 1 de la *episcopalis audientia* en una instancia auténticamente jurisdiccional concurrente con los tribunales estatales. Dado además el carácter de reconstrucción histórico-crítica que distingue al *Epitome*, pudiera pensarse que Agustín eliminó la frase en cuestión por dudar de su autenticidad, aunque en vista de que en *De Emendatione*, lib. 2, dial. 11, no hace alusión alguna a esta cuestión, esto no pasa de ser una hipótesis que debe ser tomada con cautela.

En cuanto al *De Emendatione Gratiani dialogorum libri duo* ⁵⁹, donde Antonio Agustín corrige el *Decretum* «con vistas de las fuentes originales» ⁶⁰ pero que, en espera de la edición romana y para poder tenerla en cuenta, no aparece publicado hasta un año después de la muerte de Antonio Agustín (1587), ya se ha dicho que es en el libro 2, diálogo 11 donde se trata de estas cuestiones ⁶¹.

⁵⁶ SCHULTE, *ob cit*, p 726

⁵⁷ En *Opp* III, p 138

⁵⁸ Frase que sí aparece en el texto de la S. 1 incluido por Agustín en el c. XLV (tit. LX, lib. IV, Parte I del *Epitome*) que estamos comentando

⁵⁹ En *Opp* III, pp 1-216

⁶⁰ GIBERT, *ob cit*, p 8

⁶¹ En *Opp* III, pp. 137-138

Allí se plantea Agustín, en primer lugar, el problema de la autenticidad del capitular con el que Carlomagno habría puesto de nuevo en vigor la ley de Constantino. Agustín hace expresar a Pedro Galesio, uno de sus interlocutores⁶², dudas acerca de la atribución a Carlomagno de este capitular: *Caroli esse hoc caput ego dubito, cum liber sextus, ut heri dicebas, Benedicti Levitae fit, qui Caroli, Ludovici et Lothario capita collegit ab Ansegiso praetermissa, neque distinxit singula cujus essent*, a lo cual responde Agustín con el único argumento de que la variedad de pueblos que en él se mencionan eran súbditos de Carlomagno más bien que de otro cualquiera: *Si nolis fidem habere Anselmo⁶³, et Gratiano hoc dicentibus, ego te aliis probationis non convincam. Nisi forte multitudine nominum urgearis, qui Carolo potius, quam ceteris subditis se esse patiuntur.*

Tras algunas consideraciones acerca de esos pueblos y el examen de diversas variantes textuales, en las que Agustín demuestra conocer la inscripción correcta de esta constitución (*Imp. Constantinus Aug. Ablavio P.P.*), sus interlocutores formulan diversas cuestiones sobre la misma. Pedro Galesio pregunta la razón por la que Graciano (C. XI, qu. 1, c. 35) atribuye al emperador Teodosio la autoría de esta ley —*quia in Codice Theodosiano est*, responde Agustín—, mientras que Vicente Agustín quiere saber por qué Graciano separa en dos cánones (cc. 35 y 36) un texto que es único en la ley de Constantino y por qué se recoge como capítulo XI una constitución que figura la primera en el título XII de *Episcopali iudicio* del Teodosiano⁶⁴. A la primera cuestión responde Agustín indicando su opinión de que esa separación es incorrecta, y como explicación a la segunda dice: «*Cujacius*» *fatur, extra ordinem eum titulum se invenisse: «Carolus» fortasse non capitulum XI sed titulum scripsit.*

Tras conocer la edición romana del *Decretum* (1582), Agustín completa sus diálogos de *Emendatione* con *additiones* a cada diá-

⁶² El *De Emendatione* está escrito en forma de diálogo entre el propio Agustín, Pedro Galesio y Vicente Agustín.

⁶³ Previamente, Agustín ha advertido que Anselmo (lib 3, c 105[108]) recoge el texto del capitular con la siguiente *inscriptio* *In capitularibus Caroli Imperatoris*

⁶⁴ *Id est ex titulo ficticio «de episcopale iudicio»*: MOMMSEN, T, *Theodosiani libri XVI Cum constitutionibus Sirmondianis* II/2 (Berlín, 1954), p 908.

logo que nada de nuevo ofrecen por lo que se refiere a las cuestiones examinadas en lib. 2, dial. 11 sobre el texto de la S. 1 recogido por Graciano.

Aparte de la S. 1, Agustín recoge en el *Epitome*⁶⁵ el texto de una ley de Honorio y Teodosio del año 412 (CTh. 16,2,41) sobre el *privilegium fori* de los clérigos en materia criminal que figura también en el *Decretum* (C. II, qu. 7, c. 50) bajo la inscripción *Item ex Sinodo Romana*; tanto en Agustín como en el *Decretum* se observa una alteración del texto de esta ley —la sustitución de la frase *si quidem alibi non oportet* por *quia alibi non oportet*— que modifica significativamente el sentido original de la disposición⁶⁶ en una dirección más favorable a la competencia episcopal en las acusaciones contra clérigos de cualquier rango.

Por lo demás, son varios los textos no procedentes de la cancellería imperial y relevantes para la *episcopalis audientia* que se recogen en el *Epitome*, desde partes del llamado «precepto paulino» (I. Cor. 6, 1-8), que es generalmente considerado como el origen y fundamento escriturario de la institución⁶⁷, hasta el canon 9 del tercer concilio de Cartago del 397⁶⁸, pasando por varias epístolas de los Pontífices y fragmentos de los Padres de la Iglesia.

Para el final he dejado una breve referencia a un asunto delicado como es el de la posibilidad, señalada por Gómez Piñán⁶⁹, de un plagio de la obra de Antonio Agustín *De quibusdam veteribus canonum ecclesiasticorum collectoribus iudicium ac censura*⁷⁰, por el jurista alemán Gerhard von Mastricht (1639-1721) en un trabajo publicado por vez primera en 1676 y también recogido al

⁶⁵ Parte I, lib. IV, tit LX (*de iudicio episcopi*) c XVIII, en *Opp.* V, pp 166-167 y Parte III, lib. IV, tit. I (*de probationum necessitate*) c VIII, en *Opp.* VI, páginas 414-415.

⁶⁶ Vid CUENA BOY, *ob. cit.*, pp. 119 y 141-142

⁶⁷ *Epitome*, Parte III, lib. I, tit III (*ne litigent temere christiani*), c IV, lib I, tit. VIII (*haeretici, vel infideles non iudicent*) c I, lib. I, tit. XXVII (*de saecularibus negotiis*), c I, respectivamente en *Opp.* VI, pp 362, 367 y 378

⁶⁸ *Epitome*, Parte I, lib IV, tit LXI (*de immunitate Episcoporum*) c. IV, en *Opp.* V, p 169, Parte III, lib. I, tit. X (*ne laici de clericis iudicent*) c XXI, en *Opp.* VI, página 379

⁶⁹ GÓMEZ PIÑÁN, *ob. cit.*, pp. 387 y s

⁷⁰ En *Opp.* III, pp 217-244.

principio del vol. III de las *Opera omnia* de Agustín. Se trata de la *Historia juris ecclesiasticis, et pontificii seu de ortu progressu, incrementis, collectionibus actoribusque juris ecclesiastici et pontificii tractatio*, merecedora, aperte de la sospecha de plagio de Gómez Piñán, de un muy negativo juicio de Maasen ⁷¹.

Un amplio pasaje de la obra de von Mastricht en el que se hace referencia a la *episcopalis audientia* ⁷² en su desarrollo histórico sería, si se confirmara la sospecha mencionada, del máximo interés en cuanto posible indicador del pensamiento de Agustín sobre el origen, significado y evolución de esta institución.

Por ahora, sin embargo, dejo simplemente enunciada esta cuestión, sin entrar en el examen del fragmento en cuestión, porque no tengo constancia de que la sospecha de plagio haya recibido confirmación suficiente.

FRANCISCO CUENA BOY
Prof. Titular de Derecho Romano. Valladolid

⁷¹ MAASEN, *ob. cit.*, p. LI «Zudem ist das Buch mit einer solchen Geschmacklosigkeit geschrieben, dass seine Lecture einem grossen Aufwand von Resignation erheischt.»

⁷² En la edición de las *Opera omnia* de Agustín se encuentra en *Opp* III, página LXXI

VIII

ASIGNATURAS HISTORICO-JURIDICAS DE CONTENIDO ESPECIAL EN LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA

(Algunas reflexiones ante la reforma de los estudios
jurídicos)

I

Aun con carácter residual y localizadamente, la existencia de asignaturas histórico-jurídicas de contenido especial es un dato de derecho positivo en varios planes de estudio hoy vigentes en la Universidad española. Describir tales asignaturas, apuntando además las razones que a mi entender justificaron su aparición en los *curricula* académicos, valorar los resultados docentes y científicos de estas enseñanzas al cabo de casi cuatro lustros de vigencia de varias de ellas, reflexionar —en fin— sobre la oportunidad de respetar las materias histórico-jurídicas especiales en los futuros planes de estudio para las Facultades de Derecho, son las cuestiones principales que han de abordar las páginas siguientes.

Para orientación del lector realizo unas advertencias previas. Primera: mi formación en la Universidad de Sevilla, que incluye historias especiales del derecho en sus planes, me permite conocer la realidad de estas asignaturas con un grado de exactitud que contrasta con las ideas aproximadas —basadas en el examen de las normas y en alguna rápida comunicación, que agradezco, de Mariano Peset (Universidad Literaria de Valencia)— de que dispongo sobre la práctica seguida en distintos otros que el hispalense. Segunda: ante la imposibilidad de identificar y analizar todas las asignaturas que *ratione materiae* podrían adscribirse al área de conocimiento «Historia del Derecho y de las Instituciones» (piénsese en los frecuentes cursos de historia institucional en Facultades o Secciones de Geografía e Historia, por lo común no enco-

mendados a historiadores del derecho), limitaré la discusión a las que lo sean de planes de estudios jurídicos, pero atendiendo también a aquellas titulaciones actualmente integradas en el área de conocimiento de referencia (la «Historia de las instituciones políticas y administrativas de España» y la «Historia del Derecho Indiano»). Y tercera: la «Historia e Instituciones de Derecho Romano», asignatura doblemente incluida en el área reservada a la «Historia del Derecho» y en el área «Derecho romano»¹, quedará fuera de estas notas, sin perjuicio de menciones ocasionales a lo largo de la exposición.

II

El plan de estudios de las Facultades de Derecho de Valencia y Sevilla, aprobado en 1965², introdujo, a continuación del curso general de «Historia del Derecho (español)» del primer año de licenciatura, las asignaturas «Historia del Derecho Público» e «Historia del Derecho Privado» como materias obligatorias de las especialidades en Derecho Público y Derecho Privado. El origen común de los planes no impedía, ni tampoco impide ahora, diversidades, pues mientras en Valencia se trata de asignaturas de duración cuatrimestral de quinto curso, con dos («Historia del Derecho Privado») y tres («Historia del Derecho Público») horas de docencia semanales, en la Facultad de Sevilla estas materias se sitúan en el primer curso de la especialidad (4.º de la licenciatura), siendo igualmente cuatrimestrales pero ambas enseñadas du-

¹ Cfr. Real Decreto 1888/1984, de 26 de septiembre (*B.O.E.* de 26 de octubre de 1984), que así reconoce la plena capacidad docente e investigadora de los historiadores del derecho en el terreno tradicional de los romanistas, aunque no al revés

² Orden Ministerial de 13 de agosto de 1965 (*B.O.E.* de 3 de septiembre, con modificaciones posteriores), cfr. Resolución de 23 de agosto de 1974 (*B.O.E.* de 12 de septiembre), suprimiendo las pintorescas reformas —*nihil novum*— impulsadas por el Ministerio de Julio Rodríguez en 1973

rante tres horas a la semana; las directrices aprobadas por la Orden de 1965 hacían previsible la diferenciación, tanto en lo referente al curso en que se impartieran (directriz 3.ª, estableciendo que cada Facultad propusiese al Ministerio de Educación y Ciencia los cuadros completos de asignaturas, con indicación de su duración anual o cuatrimestral) cuanto respecto al número de horas lectivas, dos o tres, que tendrían las asignaturas de los cursos de especialización (directriz 4.ª b).

La relativa flexibilidad con que las Facultades afectadas organizaron sus planes pudo proyectarse, por ejemplo, en la inclusión de nuevas materias especiales de historia del derecho. La Orden de 1965 establecía la presencia obligatoria —«cuando menos»— de determinadas asignaturas que conformaban los cursos de especialidad, pero dejaba al criterio de los Centros añadir otras (directriz 3.ª citada); y sabemos que en Sevilla llegó a estar en discusión, como asignatura histórica de la especialidad en Derecho de la Empresa, una «Historia de las instituciones mercantiles españolas», que, sin embargo, por la escasa investigación interesante al argumento, no prosperó finalmente³. En Valencia, dentro de la situación actual, arriba descrita, existe teóricamente un curso anual, de dos horas semanales, dedicado a las «Instituciones de Derecho privado Romano» en la especialidad de Derecho Privado (cuarto o quinto curso)⁴; en 1971 la oferta de asignaturas optativas se extendía a una «Historia del movimiento obrero», que podían cursar los estudiantes matriculados en las especialidades de Derecho Público y Derecho de la Empresa⁵, impartida habitualmente por profesores de Derecho del Trabajo.

El legislador universitario de 1965, y en todo caso los responsables más directos de los planes en las Facultades de Valencia y Sevilla, parecen haber combinado, en lo relativo a las enseñanzas histórico-jurídicas, los planes de 1953⁶ y de 1944⁷: adopta-

³ Cfr. José MARTÍNEZ GIJÓN, «La Historia del Derecho Mercantil español y el Derecho Indiano», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 18 (1967), pp. 72-80, especialmente, p. 74.

⁴ Cfr. Resolución de 11 de enero de 1968 (*B.O.E.* de 30 de enero)

⁵ Orden Ministerial de 20 de febrero de 1971 (*B.O.E.* de 17 de marzo)

⁶ Decreto de 11 de agosto de 1953.

⁷ Decreto de 7 de julio de 1944 (*B.O.E.*, de 4 de agosto).

da, del primero, la «Historia del Derecho» como asignatura anual de primer año de licenciatura, los cuatrimestres de «Historia del Derecho Público» e «Historia del Derecho Privado» en los cursos finales de la Carrera siguen el precedente del segundo, que ordenaba la explicación de una «Historia del Derecho Español (Privado, Penal y Procesal)» en el cuatrimestre séptimo (4.º de licenciatura). Por eso, si la concentración de la docencia de «Historia del Derecho» en el primer año según el plan de 1953 supuso un cierto abandono de «la que podríamos llamar parte especial»⁸, la reforma de 1965 fue saludada contemporáneamente como recuperación de parcelas histórico-jurídicas un tanto olvidadas.

Sería, con todo, excesivo identificar ese alborozo de algunos historiadores del derecho con las causas que estaban detrás de las nuevas asignaturas. En defecto de información sobre el asunto, tengo para mí que la «Historia del Derecho Privado» y la «Historia del Derecho Público» deben su presencia en los planes de Valencia y Sevilla exclusivamente el dato mismo de la especialidad, entendiéndose, según es frecuente todavía, que el conocimiento en profundidad de algún sector del ordenamiento jurídico irá precedido por la conveniente introducción histórica. La misma idea tradicional que sitúa un curso de historia del derecho a comienzos de la licenciatura se reproduce al ofrecer a los estudiantes una formación jurídica especializada. No hace falta insistir ahora en el historicismo como rasgo de nuestra cultura occidental, pues basta alegar el testimonio de un historiador del derecho que vivió y aún vive muy de cerca las novedades de 1965: «En unos cursos de especialización en Derecho público no podía faltar una disciplina que se ocupe de la historia de las instituciones más características de esa faceta del ordenamiento jurídico, sobre todo si se tiene en cuenta que la sociedad exige a los especialistas en Derecho público una formación cada vez más completa, como consecuencia del importante papel que están llamados a desempeñar. Parecidas razones aconsejaron la inclusión de una Historia del Derecho privado en el grupo de especialización relativo a este aspecto»⁹. Y aunque pudiera discutirse sobre la conveniencia de

⁸ José MARTÍNEZ GIJÓN, «La Historia del Derecho Mercantil .», cit., p. 73.

⁹ José MARTÍNEZ GIJÓN, «La historia de las instituciones administrativas y su enseñanza en las Facultades de Derecho de la Universidad española», en *Actas del*

estudiar la asignatura histórica después de haber cursado la dogmática, aquélla venía justificada por la estructura misma del plan: «La inclusión de la Historia del Derecho público en el cuarto curso de la licenciatura responde al espíritu de especialización»¹⁰.

Junto a ello, a una visión historicista que aquí operaba implícitamente, se trataba además de nutrir de contenido diferenciador unas especialidades donde predominaban, y más actualmente, las materias comunes (Derecho Procesal, Derecho Tributario, Derecho Civil, Derecho Penal, parcialmente Derecho Administrativo y Derecho Mercantil); a ese objeto sirvieron las dos «Historias», que contaban con el precedente, en 1965 no muy lejano, del cuatrimestre séptimo del plan de Derecho de 1944.

El problema estribaba en la relatividad que toda historia jurídica respetuosa para con su más elemental contenido tenía que introducir en la *summa divisio iuris*. De las dificultades con que se encontraron los autores de los planes de estudio de Sevilla y Valencia ya avisa la inexistencia de una materia histórica en la especialidad en Derecho de la Empresa, no obstante tímidos intentos o extrañas optativas arriba consignados y que sólo pueden explicarse considerando las modas académicas posteriores a 1968. Pero, aparte el *tertium genus* representado por el derecho empresarial, dotar a las historias del derecho público y privado de un programa coherente sería, y es, la cuestión principal. José Martínez Gijón proponía en su escrito de 1967 sobre la historia de las instituciones administrativas seguir los planteamientos de Alfonso García-Gallo: la llamada orientación institucional; en la medida en que la misma conduce a aislar problemas sociales en abstracto, que traducidos en normas dan lugar a instituciones jurídicas sujetas a evolución orgánica (las instituciones, escribía José Martínez Gijón, nacen, se desarrollan y mueren, siendo el historiador competente para registrar los diversos momentos de su vida), no resultaría metodológicamente violento aceptar la distinción entre el derecho público y el privado. Las páginas de Fran-

I Symposium de Historia de la Administración (1967), Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1970, pp. 73-97, especialmente, p 80.

¹⁰ José MARTÍNEZ GIJÓN, «La historia de las instituciones », cit., pp. 80-81

cesco Calasso sobre las bases históricas de la distinción ¹¹ podrían servir de correctivo de las concesiones al dogmatismo al tiempo que de aceptable introducción a la temática de cada curso.

O también, y pienso es lo que se ha practicado en Valencia, las asignaturas históricas de especialidad se limitarían a dar cuenta de la génesis de los respectivos sectores, entonces sí público y privado, del ordenamiento nacido de la revolución burguesa, centrando el análisis, pues el profesor dispone de un cuatrimestre, en alguna institución característica: un ejemplo que interesa a la historia del derecho privado serían los cursos de Mariano Peset sobre la propiedad, a los que debemos la aparición de un excelente libro ¹², salvándose con alguna facilidad el reto que supone la «Historia del Derecho Público» impartiendo, y así en Sevilla durante varios años, una historia del constitucionalismo.

A los escrúpulos de método se añaden, contra las historias especiales del derecho, dificultades de todo tipo en la selección de los materiales de trabajo a disposición del alumno. Si en los primeros años de su vigencia el bajo nivel de matrícula permitió constituir grupos de trabajo y presentar ponencias, convenientemente introducidas, asistidas y finalmente valoradas por el profesor, en la actualidad, al menos en la Facultad de Derecho de Sevilla, resulta impracticable todo intento docente personalizado. La alternativa más fácil es remitir a un manual, pero de ellos carecemos, como la versatilidad temática de los cursos demuestra; completo en razón del contenido, pero en parte insuficiente y en parte de ardua asimilación, la *Iniciación histórica al Derecho español*, de Jesús Lalinde ¹³ no tiene otro valor práctico —por supuesto a los efectos de estas páginas— que sus nutridas referencias bibliográficas. Las dos asignaturas históricas especiales de 1965 no han estimulado la elaboración de libros de texto, carentes de un mercado atractivo y, sobre todo, hoy por hoy de comprometidísima factura, aunque los *Dos ensayos* de Mariano Peset

¹¹ FRANCISCO CALASSO, «Diritto (partizioni) Le basi storiche», en *Anuali di Storia del Diritto*, 9 (1965), pp 435-468 (= *Enciclopedia del diritto*, XII, pp 822-846).

¹² MARIANO PESET, *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, Madrid, Edersa, 1982

¹³ JESÚS LALINDE, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, Ariel, 3.ª ed actualizada, 1983

y varias monografías firmadas por Bartolomé Clavero ¹⁴ se expliquen genéticamente por la actividad docente especializada de ambos autores.

III

Una muy embrionaria fijación de contenidos, carencia de materiales aptos para el estudio, frecuentes, si no constantes, cambios en la planificación y temática de los cursos... Tales son algunas dificultades a superar por alumnos y profesores de las asignaturas «Historia del Derecho Público» e «Historia del Derecho Privado», que la dogmática nunca ha casado bien con la historia.

Menores, seguramente, las de otras asignaturas histórico-jurídicas también existentes, mas no ya en las Facultades de Derecho. En un caso («Historia de las instituciones políticas y administrativas de España») se trata de materia que se enseña en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología (Madrid-Complutense), en otro («Historia del Derecho Indiano») la asignatura en cuestión lo es de los planes de Facultades de Geografía e Historia, sección de Historia de América (Madrid-Complutense y Sevilla); aquí los saberes están mejor definidos, aunque sólo sea por la existencia de manuales, cuyas insuficiencias de índice ¹⁵ o de fecha ¹⁶ pueden ser suplidas por la decisiva intervención magistral de un profesor en cursos que tienen duración anual.

La «Historia de las instituciones...» fue creada en 1944 junto a los estudios específicos de Ciencia Política y Economía (Decreto de 7 de julio de 1944) y con el carácter cuatrimestral propio de las asignaturas de planes de ese año (cuatrimestre séptimo, cuarto curso: «Historia de las instituciones político-administrati-

¹⁴ Cfr. de éste *Temas de Historia del Derecho. Derecho común*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad, 2ª ed. revisada y ampliada, 1979, pp. 121-148, sobre la «dimensión civil del *ius commune*»

¹⁵ El *Curso de historia de las instituciones españolas*, de Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1968, con ediciones posteriores, se interrumpe en la Edad Moderna: «De los orígenes al final de la Edad Media»

¹⁶ José María OTS CAPDEQUÍ, *Historia del Derecho español en América y del Derecho Indiano*, Madrid, Aguilar, 1968.

vas de España», estableciéndose otras asignaturas históricas en tercero y cuarto); pero la residualidad de la historia de las instituciones en la nueva Facultad aparecía al encomendarse su explicación a simples «profesores encargados de curso» (art. 58 del Decreto citado, con errata en el nombre oficial: «Principios (!) e instituciones político-administrativas de España») y no a catedráticos. Esta historia de las instituciones de contenido muy próximo a la que el plan de 1944 para Derecho reservaba al cuatrimestre inicial histórico-jurídico (una «Historia del Derecho español. Fuentes e instituciones político-administrativas») terminó sin embargo ganándose la confianza del legislador educativo, si el plan para la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales aprobado por Decreto de 11 de agosto de 1953, mantenida la asignatura (curso quinto, grupo A o de especialización en «Estudios político-administrativos»), condujo a la dotación de una cátedra con tal titulación que pronto ocupó, tras oposición, el catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Barcelona Luis García de Valdeavellano. Desde entonces la «Historia de las instituciones político-administrativas de España» ha figurado en el cuadro de materias de la Facultad de Ciencias Políticas¹⁷ y a cargo de historiadores del derecho que así disponen de una posibilidad adicional de plazas en Madrid.

Aparte de alguna cátedra especial («de Doctorado») existente varios cursos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense¹⁸, la enseñanza de la «Historia del Derecho Indiano» se ha realizado siempre en Facultades de Letras (de Geografía e Historia), como asignatura de la especialidad en Historia de América y junto a otras de contenido institucional, pero que no deben ahora entretenernos (la «Historia de la Iglesia en América e Instituciones canónicas indianas», desempeñada en Sevilla por Manuel Giménez-Fernández y, actualmente, Paulino Castañeda; en Madrid tiene esa cátedra el canonista e historiador Alberto de la

¹⁷ Cfr. Decreto de 17 de septiembre de 1971, Orden de 31 de julio de 1974.

¹⁸ Cfr. Decreto de 17 de julio de 1944 (B.O.E. de 4 de agosto), artículo 58. cátedra de «Historia de las Instituciones políticas y civiles de América»; por Orden de 1 de marzo de 1945 el artículo fue objeto de una nueva redacción que afectó, precisamente, a la historia del derecho: se subsanaba la omisión de una cátedra de «Historia de la Iglesia y del Derecho canónico»

Hera). Los dos centros tradicionales del americanismo académico, Madrid (Complutense) y Sevilla, han contado con asignaturas de Derecho Indiano, aunque sólo en Sevilla existió catedrático de «Historia del Derecho Indiano» —en Madrid regentaba la materia un conocido historiador del derecho español, Alfonso García-Gallo de Diego—, desapareciendo la dotación al jubilarse el profesor que desde 1946 tuvo la cátedra ¹⁹. La «Historia del Derecho Indiano» sigue enraizada en los vigentes planes de estudio (en Sevilla, por ejemplo, es materia anual obligatoria de cuarto curso, primero de la especialidad en Historia de América, de Geografía e Historia), aunque generalmente no impartida por estudiosos del Derecho Indiano; por lo demás, no faltan éstos entre los actuales catedráticos (Carlos Díaz Rementería, Universidad de Extremadura; Miguel A. González de San Segundo, Universidad de Zaragoza) y profesores titulares (Pilar Arregui Zamorano, Universidad de Salamanca) de historia del derecho.

IV

Estoy convencido de que el no especialista, incluso colega de las Facultades de Derecho, habrá experimentado una cierta sorpresa al descubrir el número no despreciable de asignaturas histórico-jurídicas con que cuenta, aunque de forma territorialmente discontinua, la Universidad española. Al margen de todo intento de explicación, que siempre se remitiría al difuso historicismo occidental ya recordado en estas páginas, procede ahora valorar en conjunto las experiencias representadas por aquéllas y exponer alguna consideración sobre los cometidos correspondientes a la enseñanza especializada de la historia del derecho, de figurar representada en los planes jurídicos venideros.

Adelanto que mi condición profesional determinará poco mi opinión. Convencido como estoy de los escasos rendimientos docentes y científicos de muchas de las asignaturas descritas, no qui-

¹⁹ Cfr. ANTONIO MURO OREJÓN, «Legislación general de Felipe V para las Indias», en *Revista del Instituto*, cit., nota 3, pp. 81-82, que son unas satisfechas páginas autobiobibliográficas

siera realizar, y permítame el lector abusar de un título de Bruno Paradisi, apología de la historia jurídica. La conveniencia, o no, de aceptar en los planes futuros materias histórico-jurídicas de contenido especial debe argumentarse desde el punto de vista de sus contribuciones a la formación de los juristas universitarios —la especialidad en la investigación es necesaria e indiscutible— y nunca por el deseo o interés de quienes hubiéremos de hacerlos cargo de su enseñanza.

Esta última apreciación pecaría de obviedad, si no fuera por el peligroso recurso a trufar los planes de estudios con materias de una disciplina al objeto de asegurar nuevas plazas a sus cultivadores. Pero, en contrapartida, cualquier especulación sobre la utilidad docente de asignaturas histórico-jurídicas especiales choca todavía con la indefinición del modelo formativo de los juristas a introducir en la Universidad de fines del siglo XX. Seguramente los cambios serán mínimos, según cabe deducir de pregonadas reformas que sólo existen en la mente de quienes las fomentan, mas, aún así, hay que conceder lugar a cambios tan menores como decisivos al objeto de estas líneas: la creación del grado de diplomado en Derecho obligaría, con alta probabilidad, a desplazar las asignaturas que suelen llamarse formativas —me pregunto cuáles no lo son— a los cursos finales de licenciatura, o al menos, si es que el legislador universitario opta por configurar dos primeros ciclos de planes diferentes según den o no directo acceso al ciclo segundo, se reduciría considerablemente el número de alumnos de las asignaturas en cuestión, aceptando siempre la hipótesis de que el diploma en Derecho acredite sobre todo conocimientos de derecho positivo.

Marginando problemas —a los anteriores se añadiría, en un repaso muy rápido, la cuestión misma de delimitar con claridad los contenidos de una asignatura general de historia del derecho y los de la(s) asignatura(s) especial(es); la reducción de las dilatadas pretensiones cronológicas de la historia que interesa a los efectos de la primera; la flexibilidad del profesorado ante materias nuevas en que trabajar, la dosificación de cursos de historia del derecho a lo largo de tres ciclos universitarios...— subsiste, sin embargo, la pregunta principal por la función de la historia jurídica en la formación de los juristas. Creada, como asignatura de planes jurídicos, en el siglo XIX, la historia del derecho sirvió

tanto como fuente de conocimientos técnicos que interesaban a la hora de identificar y aplicar un derecho en buena medida aún no codificado, cuanto al efecto de proclamar el corte revolucionario burgués entre la sociedad —sus instituciones— nacida de la revolución liberal y la anterior, prerrevolucionaria o feudal: el mensaje de cancelación de esta última, al igual que la erección de la primera a la categoría de lo natural, era fielmente transmitido por una historia jurídica que así se consolidó en las aulas. La atemporalización de las soluciones jurídicas de la burguesía, trazando una falsa historia lineal de sus principales conceptos, o el papel prototípico que el historiador del derecho como intelectual llegó a asumir no deben, lógicamente, interesarnos en este momento ²⁰.

No hace falta añadir que las justificaciones originales, precisamente porque ya han sido desveladas mediante laboriosa investigación, poco han de servir actualmente. A su manera lo han detectado los alumnos universitarios, muy reacios a la «Historia del Derecho» —peor es la situación de la «Filosofía del Derecho», el «Derecho Natural» o el «Derecho Canónico» ²¹— a juzgar por las encuestas, pero tampoco lo desconocen sus cultivadores: la recurrente cuestión de la «crisis» de la disciplina, en defecto de análisis más rigurosos que faltan entre nosotros ²², sirve al menos para reconocer una cierta insatisfacción o nerviosismos gremiales.

En términos muy simples, y salvo que se quiera reducir la formación jurídica universitaria a una técnica, es pacífico admitir que sólo asignaturas como la historia del derecho y la filosofía jurídica permiten un verdadero conocimiento científico de lo jurí-

²⁰ Cfr. en todo caso, ANTONIO M. HESPANHA, *A história do direito na história social*, Lisboa, Livros Horizonte (Coleção Movimento, núm. 25), 1978.

²¹ Cfr. BENITO DE CASTRO CID, «Enseñanza del Derecho: el punto de vista de los estudiantes», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nueva época, 5 «La Filosofía y la enseñanza del Derecho», 1982, pp. 117-138.

²² Un ejemplo infrecuente en BARTOLOMÉ CLAVERO, «Historia y antropología. Por una epistemología del Derecho moderno», en J. CERDA y P. SALVADOR (eds.), *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado. Nuevas técnicas de investigación*, Barcelona, Universidad Autónoma, 1985, pp. 9-35, cfr. mi reseña en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 56 (1986), pp. 1096-1103.

dico. Frente a la exuberancia de la dogmática, que compone y compondrá el núcleo de la enseñanza impartida en las Facultades, la historia del derecho debe mostrar la contingencia del ordenamiento dogmáticamente expuesto y asimilado, la relatividad de sus soluciones. La contribución de la historia jurídica a la formación de los estudiantes no es, entonces, despreciable, por más que rechazos ocasionales —motivados desde luego por la presentación que de sus cursos hacen los propios especialistas— o intereses inmediatos que la institución universitaria debe conocer, aunque no siempre asumir sin más reflexión, apunten a lo contrario. Y se añade que la justificación de la historia del derecho como asignatura conduce a la fundamentación de la ciencia jurídica toda: de «doble delito contra la lógica y contra la historia» calificaba Umberto Cerroni el esfuerzo, también doble, de dogmáticos que «al no analizar el carácter histórico de la estructura de las categorías, nos ofrecen fundamentalmente categorías adquiridas sin el esfuerzo de la crítica histórica y, por consiguiente, categorías del cotidiano pensar común» y de historiadores que «al no analizar la estructura lógica de los objetos históricos, toman como medida de la historia la pura sucesión temporal de sus módulos empíricos»²³.

Admitida la asignatura histórica en los estudios jurídicos otra cosa será articular, como veíamos, sus contenidos. En particular: ¿es procedente ampliar la oferta actual de la mayoría de los planes con nuevas materias histórico-jurídicas? No repetiré ahora las dudas arriba consignadas, limitándome a formular algunas ideas muy elementales.

Un dato puede valer como establecido: sin perjuicio de respetar su presencia allí donde la tienen, la «Historia de las instituciones políticas y administrativas» y la «Historia del Derecho Indiano» sólo con dificultad accederán a las Facultades de Derecho. La primera de ellas presenta ya síntomas de deterioro cuando el plan de estudios aprobado para la novísima Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Autónoma de Barcelo-

²³ Umberto CERRONI, *La libertad de los modernos* (1968), Barcelona, Martínez Roca, 1972, p. 49.

na ²⁴ no establece —en principio— su existencia, encontrándose paralizada, hace años, la oposición a la cátedra correspondiente dotada en la Universidad Complutense ^{24bis}; tampoco es mucho mejor la situación de la segunda, diluida —como está en Sevilla— en el seno inespecífico del americanismo y así alejada de los conocedores de la historia institucional. La práctica de los llamados perfiles docentes a veces llega a convocar indianistas ²⁵, pero nada anuncia, aún en tan atípicos casos, una próxima asignatura de «Historia del Derecho Indiano».

A la «Historia del Derecho Privado» de los Planes de Valencia y Sevilla se opone la falta de exposiciones de conjunto útiles, a pesar del encomiable esfuerzo de Jesús Lalinde y todavía falta de publicación la síntesis de Aquilino Iglesia para la *Enciclopedia de Historia de España* dirigida por Miguel Artola; se opone también, ya lo advertí, la definición comprometida de un *Derecho privado* antes de la revolución burguesa. A efectos docentes el problema epistemológico pudiera resolverse mediante el tratamiento de capítulos institucionales tan apropiados a experiencias jurídicas pasadas —pensemos en el grupo familiar y su omnipresente eficacia durante la Edad Media, o en los contratos agrarios— como apartados de la actual, sin más concesiones al dogmatismo que las impuestas por una ineludible necesidad de comunicación conceptual y lingüística, pero aun de esa forma la complejidad de la explicación, encorsetada probablemente en los límites de un cuatrimestre, la exigencia en dotar de contenido institucional la asignatura general de Historia del Derecho además, juegan en contra de la específica.

Tal vez la solución más responsable sea adaptar en nuestros planes la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* de la práctica académica alemana, orientando la «Historia del Derecho Privado» como historia de la formación y recepción del *ius commune* que ofreció soporte normativo y jurisprudencial a la sociedad feudal desarrollada. Desde el punto de vista del contenido no interesa-

²⁴ Cfr Resolución del Consejo de Universidades de 15 de diciembre de 1986 (B.O.E. de 30 de diciembre)

^{24bis} En este mismo curso, tras unas clásicas y absurdamente *reñidas oposiciones*, ha logrado la cátedra en cuestión José Luis Bermejo.

²⁵ Cfr Resolución de la Universidad de Extremadura de 14 de febrero de 1986 (B.O.E. de 3 de marzo)

rán tanto los aspectos eruditos que afectan a sus fuentes cuanto la necesaria reflexión sobre el entramado jurídico de la sociedad prerrevolucionaria, según la línea de investigación que entre nosotros viene siguiendo Bartolomé Clavero; y todo ello dentro de una *Neuzeit* entendida como foucaultiana *âge classique* que, al contrario de lo que es habitual en Alemania, debe entenderse excluyente del derecho burgués.

«Historia del Derecho privado en la Edad Moderna»: titulación no muy feliz por lo ya apuntado, pero difícilmente sustituible por la de «Diritto comune», vigente en algunas Universidades italianas; si hay que insistir de nuevo en la insuficiencia del adjetivo *privado* para rendir cuentas del derecho de una dilatada época, mal comprendida además en los términos habituales de la *Edad Moderna*, la identificación del derecho común con sus fuentes medievales parece un obstáculo insuperable. Pues si en Italia no faltan expertos conocedores del *ius commune* moderno —bastaría repasar los *Quaderni Fiorentini* que anima Paolo Grossi para acreditarlo— conserva todo su vigor una sólida tradición de medievalistas volcados en la *filología* de aquel derecho. No creo sea casual que el manual de cronología más ajustada a la historia jurídica que aquí se invoca ²⁶ omita toda referencia al *ius commune* en su título.

Y una asignatura como la propuesta —por supuesto opcional y de duración reducida a un cuatrimestre— no ha de encontrar, en fin, otros apoyos a su existencia más allá de la tradición universitaria —desde el «Plan Eckhardt» de 1935 a la fecha— que la respalda: se rechaza en especial la tentación de confundir mercado y derecho *comunes* ²⁷, pues las palabras, a veces los métodos, permiten groseras aproximaciones.

La posible «Historia del Derecho privado en la Edad Moderna» completaría, además, la formación general de los estudiantes de Derecho que la cursaran, al facilitar la comprensión del sistema jurídico liberal mostrando las características instituciona-

²⁶ *La Storia del diritto moderno in Europa*, de Adriano CAVANNA, Milano, Giuffrè, 1979, solamente publicado el primer volumen *Le fonti e il pensiero giuridico*

²⁷ Cfr mi reseña a ANTONIO PEREZ MARTÍN (ed), *España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, Publicaciones del Instituto de Derecho Común, 1986, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 56 (1986), pp 1080-1093

les de la sociedad europea anterior al momento revolucionario; dentro de éste, sin embargo, ha de encajar mejor una «Historia del Derecho Público» que, de mantenerse en Sevilla y Valencia o aceptarse en otras Universidades, vendría a resolverse en una historia del constitucionalismo.

En otras Universidades y de mantenerse... Pues cabe, finalmente, pensar que las materias histórico-jurídicas especiales hoy en vigor no solamente han de ser contrastadas durante períodos de discusión y replanteamiento, sino también que, tal vez, deban ceder su presencia o acoger en su seno a futuras asignaturas. Desearía que en ese caso de algo pueda valer la información recogida en las páginas que aquí acaban.

CARLOS PETIT

CATALUÑA EN ESPAÑA EL DERECHO EN LA HISTORIA

*A Pere Comas, de Pipo Clavero,
Nunca sólo camaradas de iniciales,
Dos letras del alfabeto*

DE UN TIEMPO, DE UN PAIS

La Catalogne dans l'Espagne Moderne y *The Revolt of the Catalans*, aparecidos casi en las mismas fechas hace un cuarto de siglo, marcaron ciertamente un hito, y no sólo desde luego por la fuerza de sus títulos, que ya los había expresivos. Las tesis de Pierre Vilar¹ y de John Elliott² pasaron página en la historia moderna de Cataluña. Tiempo hacía que la guerra civil había concluido, pero sus consecuencias todavía pesaban. Se mantenía en el interior una historiografía de resistencia, por empeño en especial de Ferrán Soldevila, y se recuperaba su cultivo académico, por mérito en particular de Vicens Vives. Había éste recientemente desaparecido cuando aquellas obras llegaron; ejercerán a su modo magisterio. No han sido monumentos solitarios; como hubo predecesores, habrá continuadores. De éstos, y de los más recientes, interesará ocuparse; en lo que importe naturalmente al derecho, que algo será.

Ya indudablemente le importaban, con todas sus distancias de materia y tratamiento, dichas obras, pero con una peculiari-

¹ P VILAR, *La Catalogne dans l'Espagne Moderne. Recherches sur les fondements économiques des structures nationales*, París, 1962, reed. 1982; completa, hay traducción catalana (1964-1968, última ed. revisada, 1986); la castellana (desde 1978) no lo es.

² J H ELLIOT, *The Revolt of the Catalans. A Study in the Decline of Spain (1598-1640)*, Londres, 1963, con traducción catalana (1966) y, revisada, castellana (1977).

dad, ésta común, clásica como ellas. Compartían un rasgo que más se debe a paradigma de cultura que a otras más personales orientaciones, y tal era el de la atención a datos jurídicos, pero no a su análisis específico: se aprecia la significación económica, social o política de determinadas, y no pocas, cuestiones jurídicas, que así se registran, pero no se valora la propia historia más intrínseca, con su especialidad, de estas mismas cuestiones, que así no se penetran. Extremos de derecho civil, por su interés económico, contempla Vilar; de instituciones públicas, por el político, Elliott; unos y otros de hecho en ambos comparecen.

Rabassas, hereus o prácticas mercantiles; cortes, diputación o problemas fiscales; cuestiones de esta índole no faltan, pero no se hace por entrar en sus mecanismos internos o en un estudio mínimamente estructural de las instituciones que conforman. En el caso de Vilar, ello es más de notar por su misma ambición totalizadora, empeñado en la explicación de un fenómeno tan global como el de las formaciones nacionales; en el empeño como en el paradigma se ha mantenido sin propósito perceptible de la enmienda³, pese a haber cumplido la penitencia de interrogarse sobre esta especialidad de la historia del derecho que así mal puede realmente comprender⁴.

¿Es que el derecho en sí no interesa para la inteligencia de este fenómeno de las comunidades nacionales y, más en concreto de la afirmación de Cataluña y su relación, o de su teoría de conjuntos, respecto a España? La respuesta que yo como otros historiadores del derecho podamos dar, ya por interesada, poco importará. Confrontemos la de autores de diversa especialidad o la de aquellos ante todo que para la propia historia de Cataluña se

³ P. VILAR, *Estat, Nació, Consciència nacional*, en su *Estat, Nació, Socialisme. Estudis sobre el cas espanyol*, Barcelona, 1982, págs 5-80, con variantes, su primera parte más teórica originalmente en *Historia 16*, extra 5, 1978, págs 5-16, luego, junto a una segunda española, faltando la última más catalana, en sus *Hidalgos, Amotinados y Guerrilleros. Pueblo y Poderes en la Historia de España*, Barcelona, 1982, págs 253-306, ed francesa de dicha primera parte en *La Pensée*, 1981, 1, pp 46-64

⁴ P. VILAR, *Historia del Derecho, Historia «total»*, en su *Economía, Derecho, Historia Conceptos y Realidades*, Barcelona, 1983, pp 106-137, originalmente en *Revista de Historia del Derecho*, 1, 1976, pp. 15-49.

pretenden generales o totalizadores. Veamos cómo se encuentra aquí de salud el susodicho paradigma ⁵.

Como *Historia de Cataluña* que general se nos dice, precisamente la última sobre la primera edad moderna, debida a Ricardo García Cárcel, extensamente considera el punto de las respectivas definiciones históricas de la misma Cataluña y de España, ilustrando su contingencia ⁶. A la luz de su exposición, el ámbito comunitario primariamente aún sería el de una *terra* de horizonte más comarcal o jurisdiccional que de otra amplitud política o cultural de *pàtria* o *nació*, aunque tanto Cataluña como España ya tuviesen su identidad al menos para geógrafos, o aunque también ya el propio catalán fuera como tal un tipo bien caracterizado para viajeros y otros observadores.

Y el acople no parece enteramente pacífico. Una «batalla lingüística», según se dice, ya acusa por su parte la tensión entre unas comunidades, la catalana y la castellana, ésta más impositiva. Con todo, España se manifiesta entonces como un concepto geográfico con una pujante vocación, impulsada por Castilla, de ser político, mientras que Cataluña se perfila como una incipiente comunidad más homogéneamente nacional, gracias no sólo a su distinción cultural, sino también a lo que se nos presenta como una más política mentalidad colectiva de tintes victimarios nacida y crecida entre los avatares de su emparedamiento entre las monarquías española y francesa.

No faltan en el capítulo alusiones jurídicas o institucionales, pero de tales no pasan. No parece el derecho decisivamente contribuir ni a la existencia de Cataluña ni al orden de sus relaciones con otras entidades. En la vertiente cultural, la lengua se lleva la palma, como si existido no hubiera una cultura jurídica de formación catalana y de conexión exterior no precisamente espa-

⁵ Ya no es buena la diagnosis de FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *La huella del Derecho y del Estado en el último libro de F. Braudel*, en Paolo Grossi (ed.), *Storia Sociale e Dimensione Giuridica Strumento d'indagine e ipotesi di lavoro*, Milán, 1986, pp 245-273, volumen de consejo médico. No se refiere a la póstuma *Identité de la France*, pero tampoco es éste nuestro paciente.

⁶ R. GARCÍA CARCEL, *Historia de Cataluña Siglos XVI y XVII*, Barcelona, 1985, I, pp 29-187

ñola, sino de un más dilatado marco europeo⁷. Su mismo conocimiento ya parece muy dudoso: «La rebeldía de los juristas que encabezados por Fontanella, desde 1620 aproximadamente —se nos explica—, frenarían sistemáticamente o intentarían frenar con barricadas forales la política de la monarquía... incidió directamente en la configuración de una conciencia de victimismo corporático en nombre de Cataluña», y al parecer, salvo imagen ya tan sesgada por la perspectiva exterior, tampoco más⁸.

Una panorámica, aunque tan sólo lo fuera, de las instituciones catalanas vanamente se buscará, no pareciendo necesaria al propósito. Ya de atenderse tan sólo la jurisprudencia aludida se habría ciertamente encontrado un concepto bastante más consistente de Cataluña y mucho menos todavía de España⁹. Pero parece que un país sólo históricamente se construye sobre las realidades más sólidas aparentemente desde luego de la geografía y de la lengua. Realidades también sociales por supuesto, queda por medio extraviada la más específicamente social del derecho.

La materia jurídica tampoco es que falte, presentándosele incluso con mayor realce que en aquel paradigma clásico. Una parte de «problemática estructural» de la historia de García Cárcel se inaugura con un capítulo de «régimen jurídico de la familia» y con el siguiente postulado: «La incidencia del derecho en el comportamiento familiar fue trascendental en la Cataluña del

⁷ Santiago SOBREQUÉS I VIDAL, *Història de la producció del Dret Català fins al Decret de Nova Planta*, Gerona, 1978, pp 75-84; originalmente en *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Barcelona, 1972, pp 79-142 Johannes Michael SCHOLZ, *Colecciones de Jurisprudencia y de Dictámenes*, en ANTONIO PÉREZ MARTÍN y J. M. SCHOLZ, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, 1978, pp 277-336; original en el *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, dirigido por Helmut COING, II-2, Munich, 1976, pp 1271-1318, con el defecto consabido de refundición bajo el concepto de España.

⁸ R. GARCÍA CÁRCEL, *Historia de Cataluña*, I, p. 136. Ante el propio público, el acento es otro, pero la ciencia la misma: «¿Hubiera sido posible la revolución catalana (de 1640) si no se hubiera dispuesto de la magnífica cobertura legal que toda una generación de juristas liderada por Fontanella fabricó?» (R. GARCÍA CÁRCEL, *Cultura y mentalidades en la Cataluña del Antiguo Régimen*, p. 528, en *Primer Congrés d'Història Moderna de Catalunya*, Barcelona, 1984, II, pp. 523-529)

⁹ Puede confrontarse el caso portugués al que luego iremos: B. CLAVERO, *Lex Regni Vicinioris. Indicio de España en Portugal*, en *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra*, 58, 1982, 1, pp. 239-298

Antiguo Régimen»¹⁰. Ahora a este nivel civil, aun hablándose en términos de entrada particularistas y de salida conductistas, parece que el derecho intrínsecamente interesa, pero la verdad es que apenas comparece, o no aparece el orden histórico que justamente correspondería. Aunque otras referencias no falten, son textos jurídicos de la edad contemporánea, y no de aquellos tiempos, los que se prestan de guía.

La *Memoria*, de Duran i Bas, y el *Nostre Dret familiar*, de Maspons i Anglasesell, son efectivamente los guías; más bien parece que tal ecuación entre familia y derecho catalán constituyera una constante y un valor por encima del tiempo, no comprobándose ya al menos su modalidad en la época de Antiguo Régimen que se dice contemplar. El uso historiográfico de la literatura que podemos decir foralista, con su característica refundición de derechos no sólo pretéritos y consiguiente efecto de ficción histórica, ya crea el espejismo de un conocimiento incapaz de advertir la propia laguna; la misma ignorancia del objeto histórico pasa desapercibida. Y este es el capítulo donde más directamente se considera el derecho, aunque luego, como epígrafe propio, y en sección menos estructural, reaparezca como apartado aislado de cultura¹¹.

Más apreciable puede así relativamente resultar lo que encontramos respecto al concepto de Cataluña que lo que vemos con referencia a su derecho. Y lo primero más se valoriza de situarse en su contexto, que habrá de ser el de la propia historiografía antes que el de cualquier otra literatura. Historiadores acreditados todavía pretenden que ya durante la edad media Cataluña se habría constituido como entidad nacional. La misma *Catalogne* de Vilar orientaba en esta dirección¹². Otros luego nos aseguran que

¹⁰ R. GARCÍA CÁRCEL, *Historia de Cataluña*, I, p. 191

¹¹ R. GARCÍA CÁRCEL, *Historia de Cataluña*, II, pp 84-90 y 190, ya también sintomáticamente las instituciones aparecen por este segundo volumen que, conforme a un esquema braudelino, es menos estructural o de tiempo más episódico. No aparecen como tales.

¹² Críticamente lo registra, con otras referencias sobre la proyección histórica del nacionalismo catalán y su debate, R. GARCÍA CÁRCEL, *Historia de Cataluña*, I, pp 33-34; y corrija la fecha. García Cárcel se refiere a la de las posiciones de Vilar como si la primera edición de *Catalogne* hubiera sido la catalana.

el propio término de *terra* ya habría entonces alcanzado, como el de *pàtria*, un sentido equivalente al de *estat-nació*, pese a la misma insignificancia política bien comprobada para la época de este vocablo de *nació* y se supone que también del de *estat*. La propia historia moderna resulta que poco aportaría: la cuestión ya entraría en ella a la altura como se le encuentra a sus finales, allá por el XIX¹³. Respecto a este frente no le sobraban páginas a García Cárcel; respecto a un nacionalismo español, ya veremos en cambio otra cosa.

DE UNA CIUDAD, DE UNA CULTURA

Respecto al derecho, traen luz otras publicaciones, como una reciente monografía sobre un sector de la clase dominante catalana de la época: *Honored Citizens of Barcelona*, de James Amelang, o *La formación de una clase dirigente*, como se le titula en su versión castellana más prosaica¹⁴. En la línea de Edward Thompson, a quien ya se homenajea en los títulos¹⁵, pero con unas ba-

¹³ Todo ello exactamente en Jaume SOBRAQUÉS I CALLICÓ, *Pàtria, nació, terra, cosa pública i Principat en el llenguatge polític de 1462-1472*, en Manuel J. PELÁEZ, *Catalunya després de la Guerra Civil del segle XV. Institucions, formes de Govern i relacions socials i econòmiques (1462-1472)*, Barcelona, 1981, págs I-XVI, como prólogo de este título cuyo mismo exceso de subtítulo ya proclamaba el creciente interés de su autor por la historia institucional, procedía de su tesis doctoral boloñesa, de 1977 *La Catalogna del 1472 al 1479: politica internazionale e ricostruzione del paese*. Tanto aquí no nos remontamos

¹⁴ J. S. AMELANG, *La formación de una clase dirigente. Barcelona, 1490-1714*, Barcelona, 1986, que es edición casi simultánea a la original *Honored Citizens of Barcelona. Patrician Culture and Class Relations, 1490-1714*, Princeton, 1986. Ya se le podía consultar en la edición multicopiada como tesis doctoral *Honored Citizens and Shameful Poor. Social and Cultural Change in Barcelona, 1510-1714*, Ann Arbor (University Microfilm International), 1981; de ésta también he dispuesto, más amplia, pero no de la original impresa, a la que presumo, en base a la propia indicación editorial, equivalente a la española.

¹⁵ En el título de la edición española como en el subtítulo de la americana. El de la primera versión, la doctoral, ya evocaba a Christopher Hill, mientras que dicho subtítulo, marcando una progresión, a E. P. Thompson como digo, también más palmariamente el susodicho título español, pero esta a una fase menos evolucionada de la obra del propio Thompson. La escuela académica de Amelang puede ser la de J. Elliott, pero no la intelectual. Tampoco es la de Vilar, pese al marxismo de las referencias. No constituye éste un paradigma historiográficamente inequívoco, pese a tantos

ses propias de cuidadosa definición histórica del mismo término de cultura ¹⁶, Amelang ya adopta una particular valoración del momento cultural en la estructuración de las clases sociales, al que no puede resultar ajeno el derecho.

Queriendo tratar de clases, detecta pronto Amelang la presencia: «prescripciones jurídicas» entonces más primariamente definen cierta estructura social; ya existían matrículas de la nobleza local como de los juristas, también con sus privilegios de grupo, o como de los comerciantes, con su consulado; estas y otras corporaciones llevaban registros de individuos o familias, con sus controles y estrategias. Imperaba con ello «el lenguaje corporativo que constituía un rasgo tan característico del discurso cívico de la edad moderna» ¹⁷. Despejemos la metáfora: algo más que lenguaje y discurso ya tenemos.

Y no por ello, por esta misma multiplicación de grupos, la visión de Amelang se dispersa; más bien se integra. En dicho entramado no se encuentra ni una burguesía que pueda distinguirse ni una nobleza letrada que pueda decirse a su vez distinta de otra más tradicional; dirigente y dominante, una sola clase habría: «nacida de la fusión de la oligarquía ciudadana y de la aristocracia feudal» con la mediación comprobada del derecho y de los juristas ¹⁸. «La ascensión de los abogados» que se nos dice, ya era un índice importante del progreso de dicha formación social ¹⁹. Así tenemos un cuadro de la «recomposición de la sociedad catalana» moderna en el ámbito urbano que, ya al desconectarse, más difícilmente se persigue en el rural ²⁰.

El derecho en Amelang está presente, pero tampoco ciega; no acaba siquiera de mirársele de frente. Ya la propia institución de los registros estamentales y corporativos en sí no se estudia, interesando su información a los efectos más sociológicos. Y otro

¹⁶ J. S. AMELANG, *Formación de una clase*, pp. 128-154.

¹⁷ J. S. AMELANG, *Formación de una clase*, p. 99.

¹⁸ J. S. AMELANG, *Formación de una clase*, p. 106.

¹⁹ J. S. AMELANG, *Formación de una clase*, pp. 76-80, más ampliamente: *Barristers and Judges in Early Modern Barcelona: The Rise of a Legal Elite*, en *The American Historical Review*, 89, 1984, 5, pp. 1264-1284.

²⁰ Eva SERRA I PUIG, *Per una cronologia i interpretació de la crisi del segle XVII*, en Ramón Garrabou (ed.), *Terra, Treball i Propietat. Classes agràries i règim senyorial als Països Catalans*, Barcelona, 1986, pp. 214-246.

tanto sigue ocurriendo con diversas cuestiones jurídicas que igual se consideran, ya de régimen económico familiar, ya de instituciones de crédito ²¹. También en estos temas no deja similarmente de intentarse alguna comprensión que supere la misma dispersión de una visión más externa: sus particularidades, desde los he-reus a los censales, se explicarían por el predominio de un sistema rentista o de *rentier economy*, base del orden feudocorporativo que se nos va revelando. La sugerencia ya resulta también limitada por la reducción del campo de estudio; la propia retaguardia rural de aquella clase compuesta sólo queda aquí vislumbrada ²².

Y las particularidades, en lo que al derecho así bien interesan, siguen resultando imprecisas para la identificación de una sociedad; se piensa incluso que puede caracterizarse el derecho civil catalán de la edad moderna por la presencia de instituciones «romanas» como la dote, sin más pormenores, satisfaciendo alegaciones genéricas, y sin mucho discernimiento de época, como la del consabido *Nostre Dret familiar*, de Maspons, o la del *De pactis nuptialibus* o capitulaciones matrimoniales del más inevitable Fontanella. Estamos en lo mismo: la existencia de una pretérita literatura jurídica, en sí no aprovechada, y de un más próximo género historicista, de por sí también jurídico y no histórico, crea la ilusión de que se cubre el conocimiento de la historia cuando su carencia no puede ser mayor ²³. En los mismos temas que in-

²¹ J. S. AMELANG, *Formación de una clase*, pp. 23-24, 67-76 y 84-90. Justo es también decir que precisamente estas cuestiones recibían mayor atención en la primera versión doctoral, no sé, como ya dije, si en la impresa original; en la nuestra algo a veces se echa en falta, como un mapa al que se alude y no aparece.

²² Un caso expresivo, también jurídicamente, de aterrizaje rural durante la segunda mitad del XVII contemplado sobre documentación notarial. Emili GIRALT I RAVENTÓS, *Família, afers i patrimoni de Jaume Cortada, mercader de Barcelona, baró de Maldà*, en *Estudis d'Història Agrària*, 6, 1983, pp. 271-318.

²³ De estos géneros se ha iniciado reedición recientemente, a efectos todavía jurídicos de persistente confusión histórica (cita de nota 110 y reseñas en este *Anuario*, 55, 1985, pp. 800-802 y 964-965), aprovechándose además su primer volumen para una *bibliografía*, elaborada por Antoni MIRAMBELL, de derecho catalán, así histórico como actual. Y lo dicho puede especialmente patentizarse en el referido caso de Francesc MASPONS I ANGLASELL, *Nostre Dret familiar segons els autors clàssics i les sentències de l'antic Suprem Tribunal de Catalunya*, Barcelona,

teresan a Amelang, como los censales, se embolsan paréntesis entre la búsqueda medieval de unos orígenes y la reanudación casi contemporánea de una historia ²⁴. Y ni siquiera sabe advertirse normalmente esta ignorancia acerca de las instituciones civiles catalanas durante esta época intermedia.

O, para nuestra historiografía, acerca de las instituciones civiles europeas que, como ya decía, constituyen su cuadro. Considera Amelang la modificación de la misma categoría de nobleza durante la época, constándole la significación de la doctrina de derecho civil: «Llama la atención —advierde— el singular predominio de la exposición jurídica en los comentarios catalanes sobre la *nobilitas*», como también le constan las influencias que pueden decirse europeas, especialmente del tratadista francés Tiraqueau. Se trataría de una evolución desde nociones más feudales hacia otras más culturales, con su interés como letrados para las gentes del derecho. «No es de extrañar —afirma— que los juristas se contasen entre los más calurosos partidarios» de este giro de mentalidad ²⁵.

El argumento parece irreprochable, salvo la conclusión, rigurosamente inexacta. Su apoyo ya se reduce a «los *Comentarios sobre la nobleza* publicados en 1543 por André Tiraqueau»; bastaba haber leído el título íntegro de la obra acabada, exactamente de 1549, para sospechase otra cosa: *Commentarii de nobilitate et jure primogeniorum*, esto es, y del linaje; todavía el componente feudal se anuncia con un peso muy superior al que le reconoce el mismo Amelang dentro de este compuesto orden feudocorporativo. Tiraqueau no es efectivamente ajeno a las concepciones que de referencia aquí se le atribuyen, pero su obra, como en general la de los juristas de la época, es bastante más compleja, al fin y al cabo

1907 (trad. castellana, 1956), que ya incluso se presentaba en forma articulada, como propuesta normativa, con las alegaciones históricas en notas

²⁴ Con sus mismas referencias a tiempo anterior. Llorenç FERRER I ALÓS, *Censals, vendes a carta de gràcia i endeutament pagès al Bages (segle XVIII)*, en *Estudis d'Història Agrària*, 4, 1983, pp. 101-128, Enric TELLO, *La utilització del censal a la Segarra del set-cents: crèdit rural i explotació usurària*, en *Recerques*, 18, 1986, pp. 47-71; Encarna ROCA I TRIAS, *Garantias de crèdits en el segle XVIII la sentència del Consell Reial de 9 de novembre de 1790*, en *Primer Congrés d'Història de Catalunya*, II, pp. 305-312.

²⁵ J. S. AMELANG, *Formación de una clase*, pp. 114-116.

como dicho mismo orden del que malos testigos con todo no resultan ²⁶.

En el derecho, ni en su literatura, no se penetra, pero de su significación histórica ya se tiene más consciencia. Un somero cuadro de las instituciones políticas catalanas, aun siendo el objeto más limitado, se estima necesario; en sí no se estudian, con lo que no puede siquiera plantearse su incardinación en el propio orden feudocorporativo o los mismos problemas de su adaptación a la evolución social que se contempla, comenzándose por cuestiones como la de la crisis interna de las Cortes, pero encontramos apuntes del mayor interés a nuestro propósito. Particular relieve se le otorga a la institución de la Audiencia, afirmandosenos que aportaba «un elemento esencial de continuidad» por ella misma, por su función no sólo judicial, y por la constelación de juristas ocupados en su jurisprudencia ²⁷. No se llega al dicho hecho famoso por Gurevich: «Un País se construye sobre el Derecho», pero cerca andamos ²⁸. He aquí en efecto la institución y la doctrina que habrían de estudiarse para un ingreso más franco en el propio tema de la existencia moderna como tal de Cataluña ²⁹.

²⁶ Y si historia cultural en este capítulo se quería, véase la base que en el punto ofrece Ruggero MACERATINI, *Die Zitate bei Andreas Tiraquellus, untersucht anhand von 93 ausgewählten Passagen aus dem Traktat De nobilitate et de iure primigeniorum (1549)*, en *Ius Commune*, 7, 1978, pp 81-117. Más a mano, B CLAVERO, *Mayorazgo Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid, 1974, pp 142-143, daba la otra cara de Tiraqueau, también parcial.

²⁷ J S AMELANG, *Formación de una clase*, pp 31-33 y 80, más acentuadamente en *Barristers and Judges*, p 1282 especialmente. Y la idea de fondo ya viene abriéndose paso, véase de otro modo para el reino vecino James CASEY, *The Kingdom of Valencia in the Seventeenth Century*, Londres, 1979, pp 179-205, que es capítulo sobre *the rule of the judges*, hay trad catalana (1981) y castellana (1983).

²⁸ Más en la versión doctoral, ya por la fecha titular de partida 1510, que es el año del ennoblecimiento, con la creación del registro, de los *ciutadans* de Barcelona, el cambio posterior a 1490 ni se explica ni tiene mucho sentido, pues debe remontarse la exposición a menudo a fechas aún anteriores.

²⁹ Con medios, más fácil este estudio se nos promete Albert COTS I CASTAÑE y Miquel TRIAS I SAGNIER, *Ús de la informàtica en l'estudi de les fonts documentals el projecte d'arxiu informatizat dels processos civils de la Reial Audiència de Catalunya (del segle XVII al segle XIX)*, en *Primer Congrés d'Història de Catalunya*, II, pp. 349-358. Para Valencia hay un intento Teresa CANET, *La Audiencia valenciana en la época foral*, Valencia, 1986.

Estudiando Barcelona, no se ocupa Amelang de la concepción de Cataluña como tampoco de su relación con otras entidades culturales, jurídicas o políticas, pero la circunscripción de su objeto también reporta sus ventajas; más cercanamente puede contemplarse el horizonte entonces primario del ámbito local, aquí la *ciutat* como antes se nos decía que la *terra*. Así mejor resalta la significación histórica de los mecanismos de poder de unas administraciones locales frente a la ocurrencia más decimonónica, que aún pesa en la historia del derecho, de primar las superiores³⁰.

Se ha centrado indudablemente en otras instancias la historia del derecho de esta edad dicha moderna³¹, aunque también ocurra que de ella no provenga el cuadro más sugerente de estas otras instituciones de ámbito superior; ya se confeccionó además, y hace años, desde Cataluña, por obra de Vicens Vives, sabiéndose valorar la falta de uniformismo político y de jerarquía administrativa o el policentrismo del propio centro del sistema³². Este

³⁰ Aun sabiéndose también en ellas descender Jesús LALINDE, *La jurisdicción real inferior en Cataluña (Corts, Veguers, Batlles)*, Barcelona, 1966, con su no menos característico método sistemático que, refundiendo siglos entre orígenes y extinción, precisamente perjudica a los de la edad moderna. Ya significativamente también la excepcional especialización local de Josep M^a FONT I RIUS se recluye en tiempos medievales, con muy raras escapadas *Ordenanzas de reforma orgánica en municipios rurales catalanes (siglos XVI-XVIII)*, en este *Anuario*, 31, 1961, pp. 569-610. De inclinación menos medievalista, en cuanto a la historia local el propio Vicens Vives tendía más a serlo; avanzando la edad moderna, ya parecían corresponder otras perspectivas

³¹ J. LALINDE, *La Gobernación General en la Corona de Aragón*, Madrid, 1963, pp. 301-370, y *La institución virreinal en Cataluña (1471-1716)*, Barcelona, 1964, su tesis de 1958. Para síntesis de la especialidad, de la que aquí como venimos diciendo no es el debate, F. TOMAS Y VALIENTE, *El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos en la España del siglo XVII*, pp. 191-204, en *Historia de España Menéndez Pidal*, XXV, Madrid, 1982, pp. 1-214.

³² Jaume VICENS VIVES, *Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII*, en *XI^{er} Congrès International des Sciences Historiques*, Estocolmo, 1960, *Rapports*, IV, pp. 1-24; en *Obra Dispersa*, Barcelona, 1967, II, pp. 359-377, o en su también siempre póstumo *Coyuntura económica y reformismo burgués y otros estudios de historia de España*, Barcelona, 1968, pp. 99-141, con otras ediciones también de difusión internacional. Ettore ROTELLI y Pierangelo SCHIERA, *Lo Stato Moderno*, Bolonia, 1971-1974, I, pp. 221-246. Y esto que Vicens se situaba en el paradigma que venimos diciendo; para otra apreciación, Mariano y José Luis PESET, *Vicens*

distinto observatorio local, con sus organismos no menos sustancialmente entonces políticos, desde la ciudad como desde el señorío, desde la parroquia con su registro como desde las otras matrículas que se nos decían, ofrece un mejor panorama de la propia complejidad intrínseca de la estructura. Ya también a estas ras de tierra de la historia local más difícilmente escapan las funciones del derecho que en los más altos vuelos de otras historias, o ya también se revela la existencia de otro derecho que el que suele más fácilmente imaginarse desde dichas otras alturas. La misma historiografía, y no sólo la del derecho, sigue cómodamente instalada en ficciones como la de que ya existiera, con su articulación de miembros, un cuerpo superior llamado España ³³.

El campo de visión de Amelang tampoco se recluye entre los muros de la ciudad. Ya la historia debía sacarle, a través no sólo de las instituciones de otro ámbito que aquí se hicieran presente, sino también, más endógenamente, de jurisdicciones señoriales y dominios territoriales de ciudad y ciudadanos, con aquella retaguardia rural que decíamos; pero esto que ya consta, por la referida conformación de la misma clase superior ³⁴, suficientemente dista de tratarse. También, si no la historia, puede abrir horizontes la historiografía; aquí lo hace, aunque quizá a su vez en demasía.

Demuestra efectivamente Amelang una notable capacidad comparativa entre este caso catalán y otros europeos, pero pare-

Vives y la historiografía del derecho en España, en J. M. Scholz (ed.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Fracfort, 1977, pp. 176-262. Pero ya dijimos que nuestro debate no se remonta tanto

³³ JOSÉ ANTONIO MARAVALL, *Sobre el concepto y alcance de la expresión «Corona de España» hasta el siglo XVIII*, en sus *Estudios de Historia del Pensamiento Español*, II, Madrid, 1984, pp. 447-464, que responde a una consulta del Consejo de Estado a la Academia de la Historia en 1981 y que pugna con la misma evidencia de que entonces «no hay una Corona de España» o una España de sentido político, otros más determinantes intereses, que han seguido pesando en la obra de este autor desde la inmediata posguerra, no son siempre desde luego tan meridianos; cultural y no sólo bélicamente parece que triunfaron. Mas ya también comprobaremos que estas no son cuestiones en las que quepa atribuir responsabilidades o méritos, según se quiera, tan residenciados. Y no es aquí tampoco cuestión de este más amplio debate.

³⁴ También con indicación al punto de la jurisdicción de la propia ciudad. J. S. AMELANG, *Formación de una clase*, p. 24

ce que estrictamente falta la clase de comparación que en primer lugar debiera venir: la que se plantease y desarrollase dentro de su propio mundo político, el de la Monarquía dicha normalmente católica o que más equívocamente se dice española. Antes que otros horizontes, correspondería abrir por ejemplo el del caso de Portugal o el de las Sicilias, el de Lisboa y el de Nápoles en términos urbanos, más sólo alguna incidental alusión aquí encontramos³⁵. Todo espacio ya se sabe que se comunica, pero llegan las conexiones mejor a conocerse por vía terrestre que por la aérea, o por ésta se revelan las que ella misma establece.

LO NUEVO Y LO VIEJO

También incidentalmente, pero con más peso, algo todavía aparece en la misma obra de Amelang que interesa a relaciones entre Cataluña y la Monarquía: que una evolución se produjo en tales tiempos y que ésta fue precisamente en la dirección, durante la segunda mitad del XVII, de una última primavera dicha «neoforal»³⁶. La idea aquí parece, con todo lo que implica de reanimación jurídica de Cataluña, obvia y pacífica, cuando ya es de escuela y no poco problemática. Ya se le introduce con la sola remisión a *Spain in the Later Seventeenth Century*, de Henry Kamen³⁷, que bien mereciera debatirse, y antes por otros puntos; de entrada ya constituye un caso de los menos precavido de utilización historiográfica de literatura foralista para materias como la misma de familia.

³⁵ Del caso napolitano, y de la propia posición de la ciudad, llegan ahora precisamente estudios cuidadosamente jurídicos. Aurelio CERNIGLIARO, *Sovranità e feudo nel Regno di Napoli, 1505-1557*, Nápoles, 1983, pp 17-25, como entrada, en cuyo medio también se ofrecen investigaciones sobre el punto del lugar social de los letrados que vemos valorar, pero menos penetrar, a Amelang. noticia y reseñas, éstas de F. TOMÁS Y VALIENTE y Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, en este *Anuario*, 54, 1984, p 763, y 55, 1985, pp 832-837 y 936-942.

³⁶ Hace su aparición en la versión castellana el calificativo entre comillas (pp 34, 55, 60) para luego perderse la precaución (pp. 75, 82, 202)

³⁷ H. KAMEN, *Spain in the Later Seventeenth Century, 1665-1700*, Londres, 1980, con inmediata traducción castellana (1981). Su *The War of Succession in Spain, 1700-1715*, Londres, 1969 (trad. 1974), sin duda constituye una mejor introducción, no sólo por más inmediata, a la Nueva Planta a la que luego vamos, pero adviértase ya por la fecha que no alcanzaba precisamente a la de Cataluña

Pero evitemos los incidentes y prosigamos con el pleito principal, ahora con este otrosí del *neoforalismo* ciertamente de éxito, con apoyos tan decisivos como el del propio Elliott ³⁸. Joan Reglá, que diera cuerpo a la idea aunque no fuera él quien la acuñara, ya se enfrentó a algunas críticas por el motivo de que para Cataluña no correspondiese hablar propiamente de *fueros*, sino de *constituciones*: «Se trataba, sin embargo —replicaba—, de encontrar un concepto expresivo, y lógicamente no podía emplear el de *neoconstitucionalismo*, por razones obvias. Por otra parte, el de *neoforalismo* explica claramente la tendencia *descentralizadora* de la época, aplicada al conjunto de la Corona de Aragón» ³⁹. Pero es el caso que el entredicho también alcanza al extremo más sustantivo de la tendencia que se dice.

Fernando Sánchez Marcos ha publicado un volumen que al particular interesa: *Cataluña y el Gobierno Central tras la Guerra de los Segadores* ⁴⁰. La perspectiva parece cambiar; la reincorporación de Cataluña a la Monarquía en 1652 incluso se piensa que puede preludiar la Nueva Planta. La misma confirmación del derecho catalán que entonces todavía se efectuara, ya lo habría sido con unas reservas que dieron su juego en la mediatización de las instituciones del Principado, particularmente incidiéndose en los mecanismos básicos del poder local ⁴¹. No habría mucha cabida para la primavera neoforal, pese no sólo a Reglá ⁴². Habrá de re-
virarse cuestiones, habiendo durante el XVII más cambio institu-

³⁸ Ya hablaba ELLIOT para la segunda mitad del siglo de *golden age* de la autonomía concluyendo su *Revolt of the Catalans*, y ha seguido con la idea de este «triunfo del foralismo». *El programa de Olivares y los movimientos de 1640*, pp. 520-522, en el citado volumen XXV de la *Historia de Menéndez Pidal*, pp. 323-523

³⁹ J. REGLA, *Historia de Cataluña*, Madrid, 1974, p. 100; edición ya póstuma de una obra que se concibió precisamente para el lector castellano.

⁴⁰ F. SANCHEZ MARCOS, *Cataluña y el Gobierno Central tras la Guerra de los Segadores (1652-1679)*, Barcelona, 1983, aún con subtítulo en portadilla que ya avisa de investigación de otro matiz. *El papel de don Juan de Austria en las relaciones entre Cataluña y el Gobierno Central, 1652-1679*. En la tesis doctoral de procedencia, de 1973, los términos estaban de mejor modo invertidos, el subtítulo era título.

⁴¹ F. SANCHEZ MARCOS, *Cataluña y el Gobierno Central*, pp. 49-65, 93-113 y 145-159

⁴² F. SANCHEZ MARCOS, *Cataluña y el Gobierno Central*, pp. 188-204 y 229-243; radicalizándolo, R. GARCIA CARCEL, *Historia de Cataluña*, II, pp. 204-205. Ya ade-

cional en el seno de la Monarquía de lo que la misma historia del derecho suele dar a entender ⁴³.

Quede de momento el aviso, pues debe también advertirse que, pese a su propio título, la obra de Sánchez Marcos no responde a investigación de factura institucional, sino más bien política, o incluso biográfica, de cuño más tradicional. Cuenta en esto desde luego con precedentes ilustres como el de la misma obra de Elliott, emprendida originalmente como estudio de la figura de Olivares ⁴⁴. Pero las distancias existen; el propio Amelang ha podido manifestar su disconformidad con la posición de Sánchez Marcos, aprovechando la ocasión señalada en 1984 del *Primer Congrès d'Història Moderna de Catalunya* ⁴⁵; mas ya a su vez se sabe lo que son estas celebraciones, según resultan al menos de unas actas y más en este caso en el que su publicación se anticipó: sucesión sin comunicación de comunicaciones, cada una con su historia ⁴⁶. También tienen desde luego sus ventajas de cita, y aún de información, y más también en este caso en el que se ofrecen relaciones bibliográficas, con una de Pere Molas sobre *Política i Institucions* que, aunque no muy generosa, tampoco podía ser mucho más nutrida ⁴⁷.

lantó su posición F SANCHEZ MARCOS, *El apoyo de Cataluña a don Juan de Austria en 1668-1669, ¿la hora de la periferia?*, en *Pedralbes*, 1, 1981, pp 127-165

⁴³ Para el caso vecino y jurídicamente más débil de Valencia, también vienen revisiones de una historia general, con consideración de la materia institucional DÁMASO DE LARIO, *El Comte Duc d'Olivares i el Regne de València*, Valencia, 1986 Para otro más descuidado: ENRIQUE SOLANO, *Poder monárquico y Estado pactista (1626-1652), los aragoneses ante la Unión de Armas*, Zaragoza, 1987

⁴⁴ Pero no era esta tampoco la ocasión de debatir incluso nuestros monumentos de partida Para el contexto historiográfico de la obra de Elliott, que no sólo lo marca la decadencia dicha española, PABLO FERNANDEZ ALBALADEJO, *Veinticinco años de debate sobre la crisis del siglo XVII*, en Trevor Aston (ed.), *Crisis en Europa, 1560-1660*, Madrid, 1983, pp 368-389 Comentando la aparición finalmente de su biografía de Olivares, que aún no he visto, DOMÍNGUEZ ORTIZ invierte los términos dice que fue al personaje a través de Cataluña (*Saber Leer*, 2, febrero de 1987), lo contrario, por mucho que se hable de *revivals*, no deja hoy de chocar

⁴⁵ J S AMELANG, *Municipal Autonomy in Early Modern Spain two recent studies of Barcelona*, en *Primer Congrès d'Història de Catalunya*, II, pp 19-24.

⁴⁶ F SÁNCHEZ MARCOS, *Cataluña y el Gobierno Central en el período de entreguerras (1652-1705)*, en *Primer Congrès d'Història de Catalunya*, II, pp. 331-338

⁴⁷ P MOLAS I RIBALTA, *Política i Institucions*, en *Primer Congrès d'Història de Catalunya*, II, pp 11-18 Ya también podía interesar en especial al derecho la rela-

La evidencia de que el asunto no está solventado mal puede evitarse. Desde el propio estallido de la guerra entre Cataluña y la Monarquía en 1640, con una consecuencia de separación durante más de un decenio que difícilmente resultaría indiferente para el derecho, ya se precisa investigación más específica⁴⁸, como también la merecería su otra secuela de división política de la propia Cataluña, con la diversa y tampoco mejor suerte jurídica, aun manteniéndose también derecho catalán, de la parte ya francesa⁴⁹. Hay aquí un hecho de trascendencia tan a menudo olvidado: la frontera pirenaica dista de ser un dato de naturaleza; más prefiere recordarse el efecto que conviene al Estado hoy constituido: el escarmiento para Cataluña de la experiencia francesa; aunque también lo seguirá siendo la española: la Monarquía se niega a cualquier posibilidad de reunificación⁵⁰. Más lo será desde luego con la Nueva Planta.

ción sobre *Cultura i Mentalitats* de R. GARCÍA CÁRCEL, pero su presencia se reduce apenas a lo ya citado en la nota 8. Una reseña en este *Anuario*, 54, 1984, pp. 778-783, debido a Jon ARRIETA, ya destacaba comunicaciones interesantes para la historia del derecho. Y J. ARRIETA concluye su tesis sobre el Consejo de Aragón.

⁴⁸ No se si será un inicio Aquilino IGLESIA, *Pau Claris y la soberanía nacional catalana*, en *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1983, pp. 401-450; su *La creación del Derecho en Cataluña*, en este *Anuario*, 47, 1977, pp. 99-423, ya no advertía en título su limitación altomedieval por pensarse como primer capítulo de un trabajo a proseguir, todavía andamos lejos. En este punto de la creación del derecho que ya afecta a soberanía, aunque no fuera «nacional», interesa a la época Joan EGEA FERNANDEZ y Josep M.ª GAY I ESCODA, *Eficàcia de les normes a la tradició catalana des de la baixa edat mitjana fins al decret de la Nova Planta*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1979, 2, pp. 249-294, y 3, pp. 505-586.

⁴⁹ Alice MARCET, *Le Roussillon, une province á la fin de l'Ancien Régime*, en Christian Gras y Georges Livet (eds.), *Régions et régionalisme en France du XVIIIe siècle à nos jours*, París, 1977, pp. 103-116; Louis ASSIER-ANDRIEU, *Tradition juridique et changement politique: la persistance du droit commun catalan dans la province du Roussillon*, en *Revue Historique du Droit Français et Etranger*, 1986, 2, pp. 205-219, originalmente en el *Primer Congrès d'Història de Catalunya*, II, pp. 195-204, y *Le peuple et la loi. Anthropologie historique des droits paysans en Catalogne française*, París, 1987, pp. 69-87.

⁵⁰ Ahora, F. SÁNCHEZ MARCOS, *Cataluña y el Gobierno Central* (siempre el volumen), pp. 140-145; R. GARCÍA CÁRCEL, *Historia de Cataluña*, I, pp. 63-75, y II, pp. 157-161 y 181 y 185, con la noticia de que Peter D. SHALINS realiza su tesis doctoral sobre este extremo de la frontera. Lo poco más especializado ya de años, fuera de la historiografía catalana, sobre ello tampoco es que hasta el momento se

Toda una cultura cuando menos inducida conspira contra la consideración de estos mismos problemas. Por parte del propio Vicens Vives se cultivó una *Geohistoria* con descuido paladino de este capítulo; su mismo curso de *Historia General Moderna*, cuya publicación data de 1942, pero que todavía al cabo de los años era texto universitario para mi generación, presentaba a la Monarquía forjando por entonces un «Estado nacional» mediante fronteras como la pirenaica. De las nuestras nos salimos, pero puede ser este recuerdo no sólo una debilidad personal, sino también un menos subjetivo indicio de que estas presiones retrospectivas internamente también operan en la historiografía catalana, con el peso arrastrado desde luego *d'un temps, d'un país*⁵¹. Y ya veremos cómo esto llega hasta hoy, hasta la historia de García Cárcel a su modo por ejemplo.

Pero estábamos con el *neoforalismo*. Su idea, que ya alimentara Vicens, se ha discutido ciertamente menos que su término, según la crítica replicada por Reglá: no había *Furs* en Cataluña, sino *Constitucions*. Había más, y más interesante para la misma elaboración de unas categorías políticas que explicasen la propia resistencia, aun sin primavera final, del régimen catalán, superando incluso un conflicto tan radical como el estallado en 1640; había toda una doctrina jurídica que ya interesaba a materia política; existía aquella jurisprudencia que durante esta época polarizara la propia Audiencia. El debate de puros términos ya acusa un vacío de conceptos: un desaprovechamiento de los que entonces ya se produjeron y ciertamente operaron. Se empobrece esta doctrina reduciéndosele a un *pactismo* definido hacia la Monarquía superior, cuya idea también Vicens impulsara⁵²; su fuer-

aproveche Jose M^a CORDERO TORRES, *Fronteras Hispánicas Geografía e Historia. Diplomacia y Administración*, Madrid, 1960, pp. 181-275 para la pirenaica, con su cupo de interés para otro caso como el vasco

⁵¹ Ya el propio *Tratado General de Geopolítica. Geografía, Historia, Guerra y Diplomacia*, con su capítulo sobre «el mito de las fronteras naturales» sin efecto para la pirenaica (Barcelona, 1950, pp. 173-177), lo debió editar Vicens para disipar sospechas por su anterior *España Geopolítica del Estado y del Imperio*, de 1940

⁵² Aun con su diversidad de acentos, igual ilustran, dado el pie forzado J. SOBREQÜÉS I CALLICÓ, *La práctica política del pactismo en Cataluña*, y Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Valor jurídico de las leyes paccionadas en el Principado de Cataluña*, en LUIS LEGAZ LACAMBRA y otros, *El Pactismo en la Historia de España*, Madrid, 1980, pp. 49-100.

za ya procedía del modo como hacía interiormente valer principios propios de una *Respublica* soberana o como también intrínsecamente conectaba las propias concepciones políticas con realidades comunitarias desde su misma base rural ⁵³. En relación a las instituciones propias, antes que a las ajenas, ya debiera mejor abordársele.

Y conviene para todos los capítulos recordar que no es la cuestión exclusivamente política; ya dicha misma jurisprudencia subsume este aspecto entre los que más globalmente se decían civiles, incluidos también los canónicos. En un orden feudocorporativo, no sólo unas instituciones que pueden más fácilmente decirse públicas determinan unos derroteros; está la iglesia; están las corporaciones; está el señorío. Y sus políticas no tenían por qué canalizarse a través de organismos comunes como ya lo fueran las Cortes. ¿No tendría su mayor significación en el sentido que se quiere de mediatización exterior el proceso de «descatalanización general de la alta nobleza» que por estos años se nos confirma? ⁵⁴. Y la constatación obviamente no basta; ya faltan investigaciones, con todo su virtual interés para el acontecimiento ulterior de la Nueva Planta, sobre el alcance y las implicaciones de estos fenómenos transcomunitarios que no sólo lo era la Monarquía.

Lleva un tiempo apuntándose que novedades tradicionalmente imputadas a un cambio de dinastía, o a la guerra que la acompañó, podían ya venirse gestando; hora es de que apliquemos el cuento a la propia investigación de cuestiones tan cardinales como la nuestra, pues sigue faltando verificación. Las intuiciones no hacen historia, aunque puedan incitarla. Y que la gestación, de existir, es de pocas décadas, de este período de la segunda mi-

⁵³ Para lo primero, mera indicación en B. CLAVERO, *Hispanus Fiscus Persona Ficta. Concepción del sujeto político en la época barroca*, pp. 59 y 69-70, en sus *Tantas Personas como Estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, 1986, pp. 53-105; originalmente en *Quaderni Fiorentini*, 11-12, 1982-1983, I, pp. 95-167. Para lo segundo, observación específica en L. ASSIER-ANDRIEU, *Le peuple et la loi. Anthropologie historique*, a propósito del usatge *Strate*

⁵⁴ Núria SALES, *Classes ascendents i classes descendents a la Catalunya francesa d'Antic Règim: la noblessa rossellonesa, arruinada i disminuïda?*, p. 32, en R. Garrabou (ed.), *Terra, Treball i Propietat*, pp. 23-41; Jordi VIDAL I PLA, *Guerra dels Segadors i crisi social. Els exiliats filipistes, 1640-1652*, Barcelona, 1984

tad del XVII, puede estarlo más objetivamente apuntando la misma indiscutible disparidad de los efectos más generales en el terreno institucional entre esos confines de las dos guerras y sus respectivas secesiones.

VIEJA Y VEJADA NUEVA PLANTA

Llega el confín de la Nueva Planta, con su quiebra ahora efectiva de un estado de cosas, de una situación de derecho. Arma durante tanto tiempo arrojadiza, ya más serenamente se le estudia como lo que ante todo es: una medida también jurídica. Historiadores del derecho⁵⁵ y juristas⁵⁶ acuden a su conocimiento, aunque ya decíamos que aquí nos interesa la obra de los estudiosos de otras especialidades, o de distintas generalidades, menos comprometidos de entrada con el propio extremo de la significación o el papel del derecho en el curso histórico de las relaciones entre Cataluña y España.

⁵⁵ Aun con publicaciones todavía más bien introductorias J. M.^a GAY I ESCODA, *La gènesi del Decret de Nova Planta de Catalunya. Edició de la consulta original del «Consejo de Castilla» de 13 de juny de 1715*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1982, 1, pp 7-41, y 2, pp 263-348, y *Un «Proyecto . para restablecer el antiguo magistrado de Catalunya» al segle XVIII*, en *Recerques*, 13, 1983, pp 145-158. Sebastià SOLÉ I COT, *La comunicació de les ordres pels corregidors al pobles del Principat de Catalunya sota el Règim de la Nova Planta*, en este *Anuario*, 55, 1985, pp 783-791, y otro trabajo que se citará; de su tesis sólo hasta el momento se ha difundido un resumen multicopiado: *La Governació General del Principat de Catalunya sota el Règim de la Nova Planta, 1716-1808*, Bellaterra, 1982. La del primero, sobre el corregimiento, me comunica que ya se ultima, debo además agradecer a J. M.^a Gay como a Carlos Petit, suministro de información y materiales.

⁵⁶ Raimon NOGUERA DE GUZMÁN, *Los notarios de Barcelona en el siglo XVIII*, Barcelona, 1978, con colaboración en el amplio apéndice documental de Josep M.^a MADURELL y Josep M.^a SANS I TRAVÉ, en documentación notarial de esta época vienen también incidiendo, además de otras páginas que registraremos, trabajos publicados en los *Estudis Històrics i Documents dels Arxius de Protocols* del propio Colegio Notarial de Barcelona; y la Fundació Noguera viene editando catálogos de estos archivos desde 1981. Toca también la Nueva Planta E. ROCA I TRIAS, «*Unde Cathalanus quasi in Cathalonia stans*» *La condició de catalán en el derecho histórico*, pp 39-44, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1978, 1, pp 7-44, más otros trabajos suyos que citaremos.

La introducción pudiera ofrecerla una reciente publicación de título ambicioso sobre el largo debate de culturas entre Cataluña y Castilla que arranca de la Nueva Planta o de la previa derrota bélica catalana: *Kastilien und Katalonien in der Kulturdiskussion, 1714-1939*, de Horst Hina⁵⁷. El propio comienzo ya así se argumenta: «El decreto de Nueva Planta prescribió que el castellano tenía que ser la lengua de las instituciones políticas de Cataluña. Al mismo tiempo se erigió el castellano como única lengua válida en el campo jurídico; sólo los contratos redactados en castellano pueden pretender validez jurídica. Con ello se introduce un procedimiento de castellanización en Cataluña que hace inevitable el conocimiento del castellano en los ámbitos de la política, del derecho, de la ciencia y de la cultura», con lo que a lo largo de la exposición podrá acogerse sin reparos la idea del origen político de la presencia y difusión del castellano⁵⁸. Sus conocimientos serán más literarios que jurídicos, pero sus aseveraciones sobre la lengua y su política ya sorprenden.

Desorbitado es, y sin posible apoyo, lo que se nos dice acerca del alcance de la imposición jurídica del castellano; en tal grado ni se imaginó por la Nueva Planta; no resultó así barrido el catalán del mismo campo del derecho⁵⁹. Se está además presumi-

⁵⁷ H HINA, *Castilla y Cataluña en el debate cultural, 1714-1939 Historia de las relaciones ideológicas catalano-castellanas*, Barcelona, 1986, notificándose que en sucesivas redacciones la obra alcanzo un premio del Institut d'Estudis Catalans en 1974 y fue en 1978 escrito de habilitación en la Universidad de Tubinga, y presentándose la traducción como corregida y aumentada; referencias al día tiene.

⁵⁸ H HINA, *Castilla y Cataluña*, pp 56, 62 y 74

⁵⁹ Sobre su uso también jurídico durante este tiempo, N SALES, *Els botiflers*, pp. 207-219, en sus *Senyors bandolers, Miquelets i Botiflers Estudis sobre la Catalunya dels segles XVI al XVIII*, Barcelona, 1984, pp 139-209 (una primera edición de este capítulo, de 1981, no contiene el aparato que al objeto primordialmente interesa; la cuestión ya la planteaba en Albert BALCELLS, coordinador, *Història dels Països Catalans. De 1714 a 1975*, Barcelona, 1980, pp 39-46), y S SOLE I COT, *La llengua dels documents notariais catalans en el període de la decadència*, en *Recerques*, 12, 1982, pp 39-56, reprochando justamente a la historiografía de esta lengua su desatención de la documentación jurídica. Y habrá de entenderse que salvo la precisamente contraria Francesc FERRER I GIRONES, *La persecució política de la llengua catalana Història de les mesures preses contra el seu ús des de la Nova Planta fins avui*, Barcelona, 1985. Algunos artículos históricos vienen también apareciendo ahora en la *Revista de Llengua i Dret*

do que no hay penetración decisiva anterior de la lengua castellana, cuando notoriamente la realidad fuera muy otra ⁶⁰, sufriendose desde tiempo una presión claramente superior a la que se diera en el terreno institucional, con menor efecto todavía también en la literatura jurídica que ya tuviera su propia lengua latina ⁶¹. La Nueva Planta es un comienzo, pero no el principio bíblico que aquí se quiere y que ya con su devota simplicidad facilitaría la labor de los historiadores.

Es la religión de cierto hispanismo, que busca mediante el culto el reconocimiento de los nativos: «Hay que señalar —la oración se reza— que el uso en nuestro estudio de los términos *provincial*, al igual que *regional*, *local*, *nacional*, etc., tiene lugar según la opinión del autor estudiado, ya que por nuestra parte, evidentemente, consideramos Cataluña como nacionalidad» ⁶². ¿A quién le importa cuando no se acredita a un tiempo autoridad? ¿Y tiene sentido lógico la propia proposición? ¿Depende la identidad de Cataluña de lo que individualmente se preconice o de lo que colectivamente se asuma? ¿Y no estamos además haciendo historia, donde ya lo extemporáneo no debiera tener cabida? Latiguillos del más primario nacionalismo se convierten, contra razón y tiempo, en base de partida y fundamento de un volumen que se presenta, no de intervención política, sino de estudio académico.

O ni siquiera de la propia literatura nacionalista parece haberse sacado mucho provecho, contentando en la jurídica más bien los títulos. No se le ha prestado al menos mucha atención cuando Cataluña se piensa que tenía históricamente *Furs* ⁶³. Tam-

⁶⁰ Ahora, R. GARCÍA CÁRCCEL, *Historia de Cataluña*, I, pp 81-112, J. S. AMELANG, *Formación de una clase*, pp. 182-187.

⁶¹ Ya el mismo latín intentará utilizarse durante el XVIII como vehículo de castellanización en Cataluña: LUIS GIL FERNÁNDEZ, *Panorama social del humanismo español (1500-1800)*, Madrid, 1981, p. 170, mera indicación, pero que, aun conviniéndole, en vano se buscará en una exposición como la de HINA, y pp 494-506 sobre otros efectos lesivos de la Nueva Planta en el ámbito de la cultura para el vecino caso valenciano que más particularmente considera ANTONIO MESTRE, *Historia, fueros y actitudes políticas. Mayans y la historiografía del XVIII*, Valencia, 1970

⁶² H. HINA, *Castilla y Cataluña*, p. 50

⁶³ H. HINA, *Castilla y Cataluña*, p. 117

poco es que ello aquí importe gran cosa, pues no parece nuevamente entrar el derecho en un concepto de cultura ni siquiera para el caso de Cataluña, con toda su tradición jurídica interior y de debate hacia el exterior. El culto deviene ofensa; el paradigma que decíamos ya se basta por sí solo para ponerse en evidencia.

Pero el planteamiento de Hina no es representativo. Hay historiadores que vienen realmente contribuyendo al conocimiento de la Nueva Planta, incidiendo en sus efectos institucionales; así Joaquim Nadal en materia fiscal ⁶⁴, o más decisivamente y no sólo por cubrir más capítulos, del municipal al señorial, del gremial al universitario, o del militar también al fiscal, Joan Mercader i Riba ⁶⁵. Tras sus mismos pasos puede venir la obra más reciente de Josep M.^a Torras i Ribé, particularmente, con su materia más institucional, su volumen sobre *Els Municipis catalans de l'Antic*

⁶⁴ J. NADAL I FARRERAS, *La introducción del Catastro en Gerona Contribución al estudio del régimen fiscal de Cataluña en tiempos de Felipe V*, Barcelona, 1971, y *Una font important per a la història econòmica de Catalunya: el Reial Cadastre (1715-1845)*, en *Homenaje al Dr. D. Juan Reglá Campistol*, Valencia, 1975, II, pp. 209-222. Y es fuente que mana Eduardo ESCARTÍN, *El catastro catalán: teoría y realidad*, en *Pedralbes*, 1, 1981, pp. 253-265, Antoni SEGURA I MAS, *El cadastre la seva història (1715-1845) i la seva importància com a font documental*, en *Estudis d'Història Agrària*, 4, 1983, pp. 129-143, Luis J. NAVARRO MIRALLES, *Una fuente fiscal. el catastro (siglo XVIII), anotaciones metodológicas*, en *II Jornadas de Metodología y Didáctica de la Historia*, Cáceres, 1983, pp. 265-283, Emiliano FERNÁNDEZ DE PINEDO, *Els ingressos de la hisenda reial a Catalunya (1717-1779)*, en *Recerques*, 17, 1985, pp. 125-139. Y para el campo de prueba valenciano Jordi ROMEU LLORACH, *El sistema fiscal valenciano (1715-1823)*, Vinarós, 1981, que es título abusivo, Mariano PESET, *La ciudad de Valencia y los orígenes del equivalente*, en M. J. Peláez y Jesús FERNÁNDEZ Villadrich (eds.), *Una oferta científica ius-històrica internacional (sic) al doctor J. M.^a Font i Rius*, Barcelona, 1985, pp. 321-344; Jorge CORREA BALLESTER, *El impuesto del equivalente y la ciudad de Valencia, 1707-1740*, Valencia, 1986.

⁶⁵ J. MERCADER I RIBA, *Felip V i Catalunya*, Barcelona, 1968, reed. 1985, sus partes primera, segunda y cuarta habían aparecido en *Hispania*, entre 1951-1967; la tercera, sobre corregidores, era nueva. No había dejado de publicar, y no ha dejado de hacerlo, otras páginas interesantes al tema, referencias en el volumen que ahora citaremos sobre los *Municipis Catalans* de TORRES I RIBÉ, p. 401. No será de extrañar que las mismas tesis mencionadas de historia del derecho, así como otros trabajos de objeto institucional que todavía veremos, deban obligadamente partir de la obra de MERCADER. La mayor indiferencia de la disciplina durante los años de su producción ya la reparaban algunas reseñas en este *Anuario*, 24, 1954, pp. 646-649, de J. M.^a FONT I RIUS, y 38, 1968, pp. 710-718, de M. PESET.

Règim que sabe introducirse en aquellos que decíamos, o él mismo dice, mecanismos de poder básicos a escala local a fin de considerarse sus alteraciones por causa de la Nueva Planta ⁶⁶.

Se constatan y analizan sus efectos de seria alteración del municipio no sólo por sus disposiciones directas, sino también por la dinámica que generara de penetración de elementos culturales e institucionales extraños, pero también se detectan y contemplan unos aspectos de continuidad bajo la misma Nueva Planta. La hay de crisis, que ya provendría de época anterior con sus causas internas, pero también con un agravamiento inducido por el mismo acoplamiento de Cataluña en el seno de la Monarquía ⁶⁷. Y hay continuidad de elementos propios, como la del que se dice *baronial*, por no decirse feudal, o mejor aún feudocorporativo, ya porque expresamente se incluye la jurisdicción eclesiástica ⁶⁸.

Otro volumen del propio Torras i Ribé da mayor profundidad a este efecto de continuidad del orden que dice baronial: *Una família catalana de l'Antic Règim* ⁶⁹. Cuestiones jurídicas vienen justamente a primer plano, como las rabassas, o como los hereus; siendo estudio de caso particular, su fundamento es documental, con documentos que son jurídicos bien seleccionados en apéndice. Aparece la Nueva Planta, pero ya por su incidencia municipal ⁷⁰. ¿No debería advertirse que menos se le ve entre dichas cuestiones más jurídicas? Para ellas Nueva Planta efectivamente no hubo ⁷¹. Los elementos básicos del propio orden feudocorpo-

⁶⁶ J. M^a TORRAS I RIBÉ, *Els municipis catalans de l'Antic Règim, 1453-1808*, Barcelona, 1983, la tesis doctoral de procedencia, de 1980, ya se titulaba con dicha idea de los mecanismos y ya también anunciaba mejor su estudio de la Nueva Planta: *Los mecanismos de poder en el municipio catalán durante el siglo XVIII* (*Pedralbes*, 1, 1981, pp 307-316)

⁶⁷ J. M^a TORRAS I RIBÉ, *Municipis catalans*, pp. 94-116 y 143-148

⁶⁸ J. M^a TORRAS I RIBÉ, *Municipis catalans*, pp 208-220

⁶⁹ J. M^a TORRAS I RIBÉ, *Evolució social i econòmica d'una família catalana de l'Antic Règim. Els Padró d'Igualada, 1642-1862*, Barcelona, 1976.

⁷⁰ J. M^a TORRAS I RIBÉ, *Família catalana*, pp 151-156

⁷¹ Así podría también decirse en principio para la Iglesia, comprobándosele en su análoga base económica: ELISA BADOSA I COLL, *Explotació agrícola i contractes de conreu (1670-1840) Les finques del clergat de Barcelona*, Barcelona, 1985; pero ya su repercusión pudo ser en otros órdenes seria: JOAN BONET I BALTA, *L'Església catalana, de la Il·lustració a la Renaixença*, Montserrat, 1984, pp. 33-129. Con su abanico de dimensiones, con la política y la cultural, ya es cuestión que debería integrarse.

rativo permanecen, como puede constatarse desde luego en el campo básico señorial ⁷².

Dicho orden por supuesto que se amputa por la eliminación de su cobertura política, pero no sólo la Monarquía, sino también sectores catalanes quedarían satisfechos de este limitado desmantelamiento ⁷³, impulsando la integración durante el siglo. Tanto Vicens como Vilar valoraron unilateralmente este efecto. La guerra ya tuvo también su componente civil; de atenderse, baja la agresión exterior y sube el desgarramiento interno, pero más se mira a lo primero; llega a minimizarse la propia pérdida de las Cortes y de la Diputación o Generalitat ⁷⁴. Ya entramos en el terreno de las suposiciones; cara al pasado, faltan las necesarias monografías sobre instituciones propias; cara al futuro, ya llegará Cataluña a la época constitucional en inferioridad de condiciones políticas respecto, pues es la comparación que se impone, al caso vasco que no sufre Nueva Planta y que menos por ello ya indebida-

⁷² E. SERRA I PUIG, *Evolució d'un patrimoni nobiliari català durant els segles XVII i XVIII El patrimoni nobiliari dels Sentmenat*, en *Recerques*, 5, 1975, pp 33-71; planteando la cuestión de fuentes, A. COTS I CASTAÑÉ, *Aproximació a l'estudi dels conflictes senyorials a Catalunya (1751-1808)*, en *Estudis d'Història Agrària*, 6, 1986, pp 241-268, omite precisamente las propias señoriales que permiten este estudio más interno; en buena parte, por la integración que se nos decía de las casas principales, se hallarán fuera de Cataluña, como en la Casa de Pilatos de Sevilla, aunque también sin visitar su archivo se consigue entrar en alguna cuestión de los propios Medinacelis. Montserrat CAMINAL, Esteban CANALES, Angels SOLA y Jaime TORRAS, *Moviment de l'ingrés senyorial a Catalunya (1770-1835) Els arrendaments de la casa de Medinaceli*, en *Recerques*, 8, 1978, pp 51-72 trad. en Angel García Sanz y R. Garrabou (eds), *Historia Agraria de la España contemporánea*, I, Barcelona, 1985, pp 433-462; ampliación del panorama Montserrat DURAN I PUJOL, *L'evolució de l'ingrés senyorial a Catalunya (1500-1799)*, en *Recerques*, 17, 1985, pp 7-42, de la información R. GARRABOU y E. SERRA, *Els estudis d'història agrària a Catalunya*, pp 42-51, en *l Colloqui d'Història Agrària*, Valencia, 1983, pp 41-78, previéndose además la publicación de los papeles de un segundo coloquio, de 1986, sobre censos. Sobre censales ya hemos dicho.

⁷³ Y no sólo una nobleza que ya vimos, pues median más intereses. Carlos MARTÍNEZ SHAW, *Cataluña en la Carrera de Indias, 1680-1756*, Barcelona, 1981, tesis doctoral de 1973, registrando otras páginas propias sobre documentación mercantil y notarial. Y siguen desde luego indicios del contraste interno. Joan BOADAS I RASET, *Girona després de la Guerra de Successió. Riquesa urbana i estructura social al primer quart del segle XVIII*, Girona, 1986, tesis de licenciatura de 1983, subrayando también sus continuidades, como la de peso eclesiástico.

⁷⁴ N. SALES, *Els Botiflers*, pp 152-206

mente se atiende ⁷⁵. Y si crisis interna había, tampoco debe darse por supuesto que la única o la mejor manera de tratarla era la intervención exterior; ya es desconfianza para con una sociedad y prejuicio a favor de otros poderes.

Y ya sobradamente sabemos que no sólo es cuestión de instituciones más directamente políticas. El orden feudocorporativo que sustancialmente escapa a la Nueva Planta era cosa del derecho, civil y canónico, que en ella se salva, pero, mediando jurisdicciones señoriales y corporaciones varias, también de la estructura política que por ella parecía fenecer. Persiste; el mismo ordenamiento interno de las familias nobiliarias encierra entonces esta dimensión; y no digamos de la iglesia. El derecho catalán, con su fuerte conexión al civil y al canónico que trascendían a la Monarquía, ya merece estudio más específico a estos mismos efectos. Si se quiere hablar de instituciones, ya conviene un mejor conocimiento de la Audiencia tras la medida de Nueva Planta.

Se está abordando de hecho este capítulo de la Audiencia del XVIII, principalmente por impulso de Pere Molas con trabajos recogidos en la que denomina *Historia Social de la Administración Española* ⁷⁶, pero sin los intereses más específicamente jurídicos que al efecto sobre todo convendrían; sus cuestiones son las más convencionalmente sociológicas, ya desde luego con su importan-

⁷⁵ B CLAVERO, *Revolución científica y servidumbre histórica: en los orígenes de la cuestión foral*, pp 53-64, en su *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, pp 41-81, originalmente en *Estudios dedicados a Juan Peset Alexandre*, Valencia, 1981, I, pp 503-532.

⁷⁶ P MOLAS I RIBALTA, *Las Audiencias borbónicas en la Corona de Aragón*, en *Historia social de la Administración española. Estudios sobre los siglos XVII y XVIII*, Barcelona, 1980, pp. 117-164, originalmente en *Estudis*, 5, 1976, pp. 59-124, en cuya *Historia social* también van los trabajos de M^a Angeles PÉREZ SAMPER, *La formación de la nueva Audiencia de Cataluña, 1715-1718* (pp 183-246), y de E. ESCARTÍN, *Los intendentes de Cataluña en el siglo XVIII. Datos biográficos* (pp 247-287), siguiendo la publicación de resultados de su tesis doctoral de 1974 sobre *La intendencia de Cataluña en el siglo XVIII* (amplio resumen en *Cuadernos de Historia anexos a la revista Hispania*, 9, 1978, pp 39-112) Para otras páginas de estos autores interesantes a sus capítulos, la relación citada del propio MOLAS I RIBALTA en el *Congrés de Història de Catalunya*, luego, E ESCARTÍN, *El desacord del Reial Acord (1716-1755)*, en *Pedralbes*, 4, 1984, pp. 113-146. En este capítulo de la Audiencia, también debe partirse obligadamente de J. MERCADER I RIBA, *Felip V i Catalunya*, pp 47-60, bastante institucional

cia para el propio conocimiento de las instituciones y, en el caso, de la efectiva incidencia de la Nueva Planta. Con esta orientación viene ofreciendo el propio Molas, desde su tesis doctoral acerca de los gremios, otras investigaciones sobre historia de las corporaciones catalanas durante el siglo XVIII, incluida la cuestión municipal y comprendido el Consolat de Mar⁷⁷. Son todos capítulos imprescindibles para conocerse aquel orden feudocorporativo, pero a los efectos jurídicos más propios de la Nueva Planta, que una medida jurídica ya era, sobre todo es a la institución de la Audiencia, con su jurisprudencia, a la que convendría volver.

También conviene al objeto una situación de la Nueva Planta en el tiempo corto; ya Torras i Ribé, en su monografía municipal, no deja de atender el capítulo previo, austracista, de nueva separación⁷⁸; nueva frustración también, ya interesa desde luego su estudio a nuestro mismo efecto, venciendo sus serias dificultades de documentación que han facilitado la persistencia de una mitificación de signo, por antiborbónico, catalanista⁷⁹. Mejor documentado, con todas unas Cortes y una última recopilación del propio derecho catalán, el momento inmediato precedente de la primera política nada así novaplantista de la dinastía borbónica, guarda un muy especial interés jurídico, tan descuidado que ya suele normalmente identificarse entronización de los Bor-

⁷⁷ P. MOLAS I RIBALTA, *Los gremios barceloneses del siglo XVIII. La estructura corporativa ante el comienzo de la revolución industrial*, Madrid, 1970, pp. 133-145 para la Nueva Planta, *Societat i poder polític a Mataró, 1718-1808*, Mataró, 1973, *El Consolat de Mar de Barcelona i la Nova Planta*, en *Comerç i estructura social a Catalunya i València als segles XVII i XVIII*, Barcelona, 1977, pp. 202-239, originalmente abreviado en el *Homenaje a Reglá*, II, pp. 43-52. Para otras noticias, LUIS M. ENCISO RECIO, *Pedro Molas y la Historia de la Administración*, en P. MOLAS RIBALTA, *Consejos y Audiencias durante el reinado de Felipe II*, Valladolid, 1984, pp. 5-77.

⁷⁸ J. M. TORRAS I RIBÉ, *Municipis catalans*, pp. 129-132.

⁷⁹ Destrucción de documentación interior. J. M. TORRAS I RIBÉ, *Aproximació a la problemàtica de la Guerra de Successió a Catalunya. La política municipal de l'Archiduc Carles d'Àustria (1705-1711)*, p. 28, en *Recerques*, 13, 1983, pp. 27-43, aprovechamiento de la exterior. PEDRO VOLTES BOU, *Barcelona durante el gobierno del Archiduc Carlos de Austria (1705-1714)*, III, Barcelona, 1970, el mito y su denuncia. N. SALES, *Els botiflers*, pp. 142-152.

bones y Nueva Planta⁸⁰. En la propia dinámica de una imposición al fin y al cabo triunfante, tampoco realmente se atiende el asunto de una ulterior resistencia, sabidamente limitada, pero con síntomas de manifestación pública, y aún oficial⁸¹.

No menos conviene su ubicación entre otras Nuevas Plantas. Nos ocupamos tan sólo de Cataluña, pero en este capítulo importa desde luego mucho todo el contexto de la política general de Nueva Planta para con la Corona de Aragón y de la diversidad de sus modalidades para con sus distintos territorios. Mas también ocurre que los casos menos estudiados son los otros más propiamente de Nueva Planta, Aragón y Mallorca⁸²; el caso más de abolición de Valencia mejor se conoce⁸³. No todos los territorios de los de la Corona de Aragón que quedaran en España se sometieron a la novedad; con su más largo período de separación, Menorca escapa, no extendiéndosele posteriormente⁸⁴. Sobre otro isleño, el de Cerdeña, con su interés no tanto por sí mismo como por venirle acto seguido el salvamento de la separación, también

⁸⁰ Jaume BARTROLI I ORPI, *La cort de 1701-1702 un camí truncat*, en *Recerques*, 9, 1979, pp 57-75. En nuestra manualística nos venimos confundiendo en el mismo punto básico de la recopilación. A IGLESIA, recensión a la *Història del Dret Català* de S. Sobrequés, pp 775-776, en este *Anuario*, 49, 1979, pp 770-786, y *Saberes traslaticios*, pp 685-686, en el propio *Anuario*, 51, 1981, pp 685-688.

⁸¹ Con la ocasión más señalada de las Cortes de 1760 dando lugar a un manifiesto de «los cuatro reynos de la Corona de Aragón». Enric MOREU REY, *El «Memorial del Greuges» de 1760*, Barcelona, 1968, reproduciéndolo, cuyo estricto punto ha sido luego más particularmente considerado para el caso de mayor privación por cambio de planta y menor participación en esta concreta iniciativa. José Miguel PALOP, *Centralismo borbónico y reivindicación política en la Valencia del Setecientos. El caso de 1760*, en el *Homenaje a Reglà*, II, pp. 65-77, e igual título para reivindicaciones económicas en *Estudis*, 4, 1975, pp 191-212.

⁸² Véase ahora la introducción, que trae novedades, de Jesús MORALES ARRIZABALAGA, *La derogación de los Fueros de Aragón (1707-1711)*, Huesca, 1986. Para Mallorca sigue habiendo menos. José Luis BERMEJO, *En torno a los Decretos de Nueva Planta*, pp 88-103, en su *Derecho y Administración pública en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, 1985, pp 81-119.

⁸³ Gracias particularmente a M. PESET, de quien puede ahora verse el prólogo historiográfico, con referencias propias, a J. CORREA, *El impuesto del equivalente*, pp 9-23.

⁸⁴ Román PIÑA HOMS, *La reincorporación de Menorca a la Corona de España, 1781-1798*, Palma de Mallorca, 1983, y los expresivos materiales editados por él y otros *Las Instituciones de Menorca en el siglo XVIII. El fondo documental de Francesc Seguí*, Palma de Mallorca, 1986.

se ha llamado últimamente la atención ⁸⁵. Vista en su conjunto, menos podrá discutirse que la Nueva Planta fuera la represalia bélica y la imposición militar que más opacamente se aplicara a Cataluña ⁸⁶. Menos todavía se discutirá lo que no fue: ni medida menos circunstanciada de integración española ni pieza más homologable de absolutismo político, pese a lo que se pueda seguir diciendo en manuales ⁸⁷. Ya constituye un testimonio la llegada al XIX con mosaico territorial y entramado corporativo cuya superación ni siquiera pudo estar en las mentes de la monarquía malamente dicha, y no sólo por esto, absoluta ⁸⁸.

⁸⁵ J. L. BERMEJO, *Un Decreto más de Nueva Planta*, en *Revista del Departamento de Derecho Político*, 5, 1979, pp. 129-144, por cuanto se relaciona con el suyo, J. M. GAY, *La gènesi del Decret*, pp. 263-283.

⁸⁶ Los estudios sobre el campo de pruebas que decíamos de Valencia ya muestran por ejemplo mejor los inicios como imposición militar de la nueva fiscalidad, y confróntese Miguel ARTOLA, *La Hacienda del Antiguo Régimen*, Madrid, 1982, pp. 226-249, desactivando en el capítulo la Nueva Planta como «reforma fiscal». Que el efecto resiste tampoco es un secreto, mírese ahora el trabajo sobre el *Real Acuerdo* de ESCARTIN y se verá, en la línea de la tesis de Sebastià Solé desafortunadamente inédita, el peso del elemento militar por encima de las propias previsiones más medidas y pensadas de la Nueva Planta catalana; y contrástese C. MARTINEZ SHAW, *La Cataluña del siglo XVIII bajo el signo de la expansión*, pp. 65-67 y 108-115, en Roberto Fernández (ed.), *España en el siglo XVIII Homenaje a Pierre Vilar*, Barcelona, 1985, pp. 55-131, presentando su Nueva Planta como «un monumento de racionalización» bien que obviamente «autoritaria». Si alguna vez interesa el conjunto, el político de la corona aragonesa y el cultural de los países catalanes, aquí es, por lo que ya era doblemente de lamentar el término prematuro, por puramente bélico, de la *Guerra de Sucesión*, DE KAMEN

⁸⁷ O en más que manuales FRANCISCO CANOVAS, *Los Decretos de Nueva Planta y la nueva organización política y administrativa de los países de la Corona de Aragón*, en *Historia de España, Menéndez Pidal*, XXIX, Madrid, 1985, pp. 1-77. O en menos F. TOMAS Y VALIENTE, *Un ministro castellano en la Corona de Aragón. Lorenzo Santayana y Bustillo, en su Gobierno e Instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, 1982, pp. 253-285, originalmente presentación de la reed. del SANTAYANA, *Gobierno político de los pueblos de España*, Madrid, 1979, pp. VII-XLVI

⁸⁸ Considerando lo uno sin lo otro, el mosaico sin el entramado, el espacio sin el derecho que no sea el más superficial despliegue de la administración, mala cuenta se rinde de la situación Eduardo GARRIGÓS PICÓ, *Organización territorial a fines del Antiguo Régimen*, en M. Artola (ed.) *La economía española al final del Antiguo Régimen*, IV, *Instituciones*, Madrid, 1982, pp. 1-105, con la introducción del editor reflejando el concepto absolutista que estorba la propia captación del derecho.

EL SIGLO DE LAS LUCES Y LAS SOMBRAS

¿Salimos de nuestra edad moderna? ¿Nos adentramos en el XIX? Parece que no lo haríamos al menos con mal pie. Del nuevo período de separación, impuesto por Napoleón, hay estudio que se extiende a aspectos institucionales⁸⁹; la reacción de un nacionalismo de definición española ha sido considerada⁹⁰; también la insinuación de otro catalán, más escorado en cambio hacia el Imperio francés⁹¹. Y hay más capítulos indagados, como el del desarrollo por estas décadas de un pensamiento catalán en un terreno económico aún no escindido del jurídico⁹². Pero iríamos a un desencanto cantado si esperáramos que la tónica se mantuviese. Es un siglo éste por supuesto en el que, con su mismo cambio de ritmo, ya convendría andar desde tales comienzos por pasos contados, pero, y aunque otra impresión suela darse, falla el firme. Escasean estudios que interesen a nuestro objeto y

⁸⁹ J. MERCADER I RIBA, *Catalunya i l'Imperi Napoleònic*, Montserrat, 1978, que, beneficiándose de la prosecución de sus investigaciones también sobre este período con creciente aprecio del objeto institucional, no es mera traducción de su más añeja tesis doctoral, *Barcelona durante la ocupación francesa, 1808-1814*, Madrid, 1949. Y para el capítulo de la principal institución del Principado, M.ª A. PEREZ SAMPER, *La Real Audiencia de Cataluña durante la Guerra de la Independencia*, en *Pedralbes*, 2, 1982, pp. 177-209. Poco añade J. NADAL, *L'organització administrativa i la vida material en la Catalunya napoleònica*, en Josep FONTANA y otros, *La Invasió Napoleònica. Economia, Cultura i Societat*, Bellaterra, 1981, pp. 81-98.

⁹⁰ P. VILAR, *Pàtria i Nació en el vocabulari de la Guerra contra Napoleó*, en sus *Assaigs sobre la Catalunya del segle XVIII*, Barcelona, 1973, pp. 133-171, originalmente en *Annales Historiques de la Révolution Française*, 1971, 4, pp. 503-534, traducción en sus *Hidalgos, Amotinados y Guerrilleros*, pp. 211-252, Xavier ARBÓS, *La idea de nació en el primer constitucionalisme espanyol*, Barcelona, 1986.

⁹¹ Lluís M. de PUIG I OLIVER, *Invasió napoleònica i qüestió nacional a Catalunya*, en J. FONTANA y otros, *La Invasió Napoleònica*, pp. 55-79, y Tomas Puig, *Catalanismo y afrancesament*, Barcelona, 1985, pp. 103-111 y 124-130.

⁹² Ernest LLUCH, *El pensament econòmic a Catalunya, 1760-1840. Els orígens ideològics del proteccionisme i la presa de consciència de la burgesia catalana*, Barcelona, 1973, sobre DOU I BASSOLS hay alguna página más jurídica, pero de menor entidad. LLUCH también se interesó por la situación de Nueva Planta. *La Catalunya del segle XVIII i la lluita contra l'absolutisme centralista. El «Projecte del Abogadro General del Públic» de Francesc Romà i Rossell*, en *Recerques* 1, 1970, pp. 33-55. Su, con otros, *Agronomia y fisciocracia en España, 1750-1820*, Valencia, 1985, no toca en cambio prácticamente ni a derecho ni a Cataluña.

falta una renovación cuya necesidad no acaba tampoco de sentirse.

Y ya se acusan problemas desde estos mismos inicios. Se detectan síntomas de una conciencia de particularidad apenas encauzada por alguna expresión de nacionalismo. ¿No lo hay entonces catalán? Ya empezamos con equívocos; no era ésta todavía la única manifestación de un sentimiento de colectividad, o incluso no lo era sin más. En este arranque de época, *nación* es manifiesto de posición constitucional antes que de su espacio social o cultural; el mismo principio básico de las nacionalidades es históricamente posterior⁹³. ¿Prenacionalismo? ¿Protonacionalismo? ¿Por qué expresiones que ya tienden de una parte a desconectar con tiempos anteriores y de otra a presagiar porvenires no tan ineluctables? Ya, con su nuevo lenguaje, estos mismos comienzos no están como tales tan cumplidamente estudiados.

Hay problemas y hay también lagunas, desde estos mismos inicios. La Constitución de Cádiz trajo una Diputación *general* o única de Cataluña, con su juego de autonomía aún por estudiar. ¿No lo merece como un capítulo esencial, ya desde entonces, para el propio constitucionalismo? El caso equivalente de Galicia ha sido considerado, pero sin concedérsele especial relevancia precisamente al período de única Diputación; pesa la proyección administrativa del patrón napoleónico, con su misma reducción de la representación no parlamentaria a régimen local⁹⁴. La laguna tampoco es privativa. Si a algo recuerda el diseño territorial de nuestro primer constitucionalismo, es al caso vasco antes que a modelo francés alguno; ya con ello también de entrada se insinuó más fácilmente en esta zona el sistema constitucional. Inicios, como anuncios, por doquier sin estudiar.

⁹³ Estos son justamente los conceptos básicos de X. ARBÓS en su *Idea de nació en el primer constitucionalisme*, pero en el equivoco por interferencia de una acepción más material especialmente se incurre en su capítulo catalán, pp 150-154, 198-207 y 225-228, ya por su confrontación con L. PUIG, con sus páginas menos ponderadas del colectivo sobre *La Invasió Napoleònica* y no con su estudio más acabado del caso de *Tomàs Puig*.

⁹⁴ Pablo GONZÁLEZ MARIÑAS, *Las Diputaciones Provinciales en Galicia: del Antiguo Régimen al Constitucionalismo*, La Coruña, 1978, pp 57-82 y 97-118. Y véase el juego en otras áreas de estas primeras Diputaciones Mario Rodríguez, *El experimento de Cádiz en Centroamérica, 1808-1826*, México, 1984.

Pero penetremos en la época. Ya que no hay base para otra cosa, sigamos también corriendo a golpe de siglos. Por el XIX, o incluso por toda la edad contemporánea, debiera también servirnos de guía el título de Hina: *Castilla y Cataluña en el debate cultural*, con sus inexcusables entradas en federalismos y nacionalismos⁹⁵, pero la exposición se desenvuelve sobre el vacío de su contexto, o mejor cimienta propio, con una absoluta desproporción entre los términos del mismo debate y los datos sociales y políticos que ilustradoramente se colacionan; tal vez en ello, y aunque el mérito no le corresponda, resulte más representativo. A lo que nos importa, falta en rigor el derecho, como si nunca fuera cultura según sabemos. Tampoco por ahora mucha novedad esto supone; incluso los constitucionalistas vienen ocupándose de nuestro asunto sin adentrarse exactamente en el derecho⁹⁶.

El contexto que falta ya es también el de la propia base constitucional de partida. No lo es para esta época la Nueva Planta como ya suele presumirse. El fenómeno de integración de Cataluña en un Estado español, o en una Nación política española, que sólo ahora acontece, ya constituye un objeto mal identificado y peor observado al venirse dando por supuesto que la Nueva Planta realizara la labor o dejara desbrozado casi completamente el terreno; la remisión a su historia sirve para dejarse el proble-

⁹⁵ Tiene este *Castilla y Cataluña* de H. HINA incluso un apéndice sobre la época franquista, para la que en todo caso se cuenta ahora con la más sustanciosa exposición de Josep M^a COLOMER, *Espanyolisme i Catalanisme. La idea de nació en el pensament polític català (1939-1979)*, Barcelona, 1984, con edición castellana (1986) que ostenta el título *Cataluña como cuestión de Estado*. Pero no por andar a saltos de siglos perdamos el orden

⁹⁶ Compruébese ahora precisamente en J. M^a COLOMER, *Espanyolisme i catalanisme*, mediante el índice de autores respecto a obras como la de José Antonio González Casanova o la de Jordi Solé Tura, o por sí mismo, situándose en el mismo terreno como tesis doctoral además del área de conocimiento constitucional, dirigida por el propio González Casanova. La exposición más completa existente, de este mismo, de J. A. GONZÁLEZ CASANOVA, *Federalisme i autonomia a Catalunya (1868-1938) Documents*, Barcelona, 1974, pp. 15-415, nació como introducción de una colección documental y con protestas de no ser más, pero de ella viene, perdiéndose la documentación en el trasiego lingüístico, *Federalismo y autonomía. Cataluña y el Estado Español, 1868-1938*, Barcelona, 1979, luego, su *La idea de Nación en el Derecho Público Catalán contemporáneo*, en *Homenaje al profesor Alfonso Otero*, Santiago de Compostela, 1981, pp. 465-486, es una reflexión a vuela pluma

ma despachado. No existiría. Salvo el escollo que se atropella del caso vasco, el constitucionalismo ya podrá venir a producirse desde un supuesto político de uniformidad consustancial a sus mismos principios liberales, quedando el derecho regional hundido en el señorío y la corporación de cuya superación justamente se trata. El propio constitucionalismo español de reproches inicialmente se libra por haber todos recaído sobre las anchas espaldas de la Nueva Planta: una Monarquía absolutista, que no un Constitucionalismo nacionalista, será culpable. ¿Hace falta ilustrar todo esto?

El mismo dato básico de la formación retardada del propio Estado español y del correspondiente nacionalismo, con sus frustraciones que ya repercuten en la animación de otros, difícilmente todavía se abre paso ⁹⁷; y me temo que no vienen fechas propicias para este tipo de elementales constataciones. Tampoco un sentido político, con su vocación estatal, de Nación catalana es desde luego como tal anterior; ya la proyección en acepciones pretéritas del mismo término ayudaba a la figuración de unos y otros nacionalismos. Todo puede valer, los juegos florales como los certámenes deportivos, la erección de monumentos como la invención de efemérides; todo vale, como por supuesto la historia ⁹⁸.

⁹⁷ JAVIER CORCUERA, *Nacionalismo y clases en la España de la Restauración*, en *Estudios de Historia Social*, 28-29, 1984, pp. 249-282, ANDRÉS DE BLAS Y GUERRERO y JUAN JOSÉ LABORDA MARTÍN, *La construcción del Estado en España*, en Francesc Hernández y Francesc Mercadé (eds), *Estructuras sociales y cuestión nacional en España*, Barcelona, 1986, pp. 461-487

⁹⁸ Pasa en las mejores familias Eric Hobsbawm y Terence Ranger (eds), *The Invention of Tradition*, Londres, 1983, p. 263-307, del primero. Y ya se aplica a un caso: JON JUARISTI, *El linaje de Aitor. La invención de la tradición vasca*, Madrid, 1987. Para otras referencias a nuestro objeto, más no por ello siempre al propósito. JUSTO G. BERAMENDI, *Bibliografía (1939-1983) sobre nacionalismo y cuestión nacional en la España contemporánea*, en *Estudios de Historia Social*, 28-29, 1984, pp. 491-515, que es además monográfico, ya citado, con intereses jurídicos y bastante más limitados, ENRIQUE ORDUNA REBOLLO, *Fuentes del regionalismo y del nacionalismo en España*, en J. SOLÉ TURA y otros, *Nacionalismo y regionalismo en España*, Córdoba, 1985, pp. 27-49; registro más general, A. DE BLAS GUERRERO, *Nacionalismo e ideologías políticas contemporáneas*, Madrid, 1984, pp. 129-168. Y respecto a la historia, mal ilustra, sin considerar además el contraste catalán, el estudio de PALOMA CIRUJANO, TERESA ELORRIAGA y JUAN SISINIO PÉREZ GARZÓN, *Historiografía y nacionalismo español, 1834-1868*, Madrid, 1985, y véase H. HINA, *Castilla y Cataluña*, pp. 102-147

La nación como sujeto, ya preste sustento o ya aspire a una constitución política, es ahora que se crea, comprometiendo seriamente a la historia. Sigue ésta prendida en sus redes; estamos todavía liberándola de la hipoteca, o de esta doble carga en nuestro caso de un par de nacionalismos de alimentación mutua, el español y el catalán. No se insistirá bastante en tal evidencia histórica: a favor o a la contra, la *Nación* es criatura del *Estado*, de una forma política contemporánea; sus prehistorias, aun cuando críticas, ya lo son de fantasmas, que sólo en nuestra época toman cuerpo ⁹⁹.

La propia confrontación que contemplaba Hina poco puede en definitiva por sí sola aclarar, moviéndose entre los mismos fantasmas. Faltan las claves, como lo era el derecho. No tendría por qué seguirlo siendo, pero la cuestión es que como tal sigue ciertamente apareciendo en nuestro caso. Si de él no se prescinde, en contradicho se hace. En sus aspectos civiles desde luego lo encontramos: hereus y rabassas por ejemplo; mas de algún modo también sigue de su ámbito trascendiéndose. Tanto la estructura diferencial de la familia, no sólo por la institución del hereu ¹⁰⁰, como la conformación distinta de las relaciones agrarias, no sólo por la práctica de la rabassa ¹⁰¹, serán cuestiones también inte-

⁹⁹ Son también evidencias antropológica y sociológica, no tan distintas desde luego a la misma histórica. ALFONSO PÉREZ ARGOTE, *La reproducción del nacionalismo. El caso vasco*, Madrid, 1984, pp. 7-10 y 44-53

¹⁰⁰ Pablo SALVADOR CODERCH, *El Proyecto de Código Civil de 1851 y el Derecho civil catalán*, pp. 15-27, 96-101 y 128-130, en su *La Compilación y su Historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985, pp. 7-133, originalmente en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, 1, pp. 49-98, y 2, pp. 313-372; B. CLAVERO, *Formación doctrinal contemporánea del derecho catalán de sucesiones. La primogenitura de la libertad*, en Cátedra de Dret Civil Català Duran i Bas, *La Reforma de la Compilació: El sistema successori*, Barcelona, 1985, pp. 9-37. Y hay abordaje desde otras perspectiva contextual. Andrés BARRERA, *La dialéctica de la identidad en Cataluña. Un estudio de antropología social*, Madrid, 1985, pp. 27-68, fruto de su tesis, de 1982, *Casa, herencia y familia en la Cataluña rural*.

¹⁰¹ P. SALVADOR CODERCH, *Código Civil y Derecho catalán*, pp. 27-66, 91-96, 101-110 y 123-128, B. CLAVERO, *Foros y rabassas. Los censos agrarios ante la revolución española*, en *Código y Fuero*, pp. 83-154, originalmente en *Agricultura y Sociedad*, 16, 1980, pp. 27-69, y 18, 1981, pp. 43-57. Y acaba de aparecer, con capítulos de propiedad y familia, una sustanciosa tesis doctoral de 1985. L. FERRER I ALOS, *Pagesos, rabassaires i industrials a la Catalunya central (segles XVIII-XIX)*, Montserrat, 1987

resantes al orden político, dando causa a una peculiar estructuración del Estado español que ya se ignora por asumirse de entrada sus mismas pretensiones y ficciones constitucionales ¹⁰². Comenzaba hablándose de la novedad del nacionalismo, con o sin prefijos, y acaban olvidándose antigüedades de momento más decisivas y operantes todavía como ésta del propio derecho.

Ni siquiera distintamente se aborda como un objeto de estudio este derecho catalán en relación a su propio pasado, con la dialéctica que ahora se crea respecto a un derecho español de acuñación más castellana. Ya también por asumirse la ficción de la codificación civil española, como tal nunca existida ¹⁰³, suele tratarse tal derecho catalán desde unos presupuestos que contemporáneamente tampoco le casan. Se asemeja su caso más al inglés que al modelo francés que quiere imponerse desde Castilla. Con ello también es más complejo. No estamos ante una simple resistencia de un ordenamiento feudocorporativo; ya la propia incidencia de un derecho de la revolución española le ha impreso una dinámica de adaptación y evolución; y ya es curioso que el tratamiento de esta «transfiguración» en el contexto de la codificación se insinúe precisamente de parte francesa, sin nuestra problemática foral ¹⁰⁴. ¿Cómo puede considerársele si sigue imperan-

¹⁰² Aun en el caso más transparente que ahora resulta el vasco B CLAVERO, *Fueros Vascos. Historia en tiempo de Constitución*, Barcelona, 1985. La refundición de casos ya suele perder problemas Solange y C. CRAS, *La révolte des régions d'Europe occidentale de 1916 à nos jours*, Paris, 1982, con *index* para su persecución saltuaria. José Ramón RECALDE, *La construcción de las naciones*, Madrid, 1982, ya se aplicaba finalmente al caso de Euskadi. Invita a las reflexiones más genéricas Gurrutx JAUREGUI BERFICIARTU, *Contra el Estado-nación. En torno al hecho y la cuestión nacional*, Madrid, 1986.

¹⁰³ E. ROCA TRIAS, *La Codificación y el Derecho Foral*, en *Revista de Derecho Privado*, 1978, 4, pp. 596-642, *El Código Civil como supletorio de los Derechos Nacionales españoles*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1978, 2, pp. 227-286, *El Código Civil y los Derechos Nacionales, en especial el Derecho Civil Catalán*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, 3, pp. 7-59, *El Derecho Civil Catalán en la Constitución de 1978. Estudio comparativo del tratamiento de los derechos civiles españoles en las distintas Constituciones y en la vigente*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, 1, pp. 7-36.

¹⁰⁴ Me refiero al citado estudio de L. Assier-Andrieu sobre el *usatge Strate*, que, siguiendo la regla, descuidaba los siglos XVI y XVII, pero que precisamente se ocupaba con detenimiento de la edad contemporánea. Desde la Cataluña española, Carlos J. MALUQUER DE MOTES, *La codificación civil en España*, en *Revista de Derecho Privado*, 1981, 12, pp. 1083-1101, para el cuadro general de la revolución que

do el ídolo de su continuidad histórica? Efectos venimos comprobando.

Más cosas se escapan, y la fundamental a nuestro actual propósito: las nuevas formas de acoplamiento jurídico de Cataluña en España o, dicho de otro modo, más limitadamente, el vínculo que liga a nacionalismos, español y catalán, al contrario de lo que pueda ocurrir con otro como el vasco. Vayamos al momento clave del fracaso del federalismo y el éxito de la Restauración. Una posición catalanista, personificada por Almirall, defiende la conservación del derecho catalán en razón de no reconocérsele legitimidad para su transformación a otro parlamento que no sea el propio y en la medida por lo tanto así en la que éste constitucionalmente no quepa. El nacionalismo que en cambio prevalecerá, representado por Prat de la Riba, quiere precisamente mantener dicho exacto derecho catalán, con sus *rabassas* y con sus *hereus*, como propio signo de identidad, para lo cual mal desde luego vendría un parlamento catalán en una época de superación del sufragio censitario o de regímenes que facilitaban la ecuación entre representación política y dominio cultural y social. Aquí vendrá el punto de encuentro o de verdadera complicidad entre patriotismos español y catalán ¹⁰⁵, al contrario de lo que pudiera efectivamente ocurrir con el caso bien diverso del nacionalismo vasco.

Durante la Restauración, el parlamento español sabidamente se compromete mediante el Código Civil a dejar en paz el dere-

más en ella se olvida, pero tampoco todavía para su incidencia regional; en su propia tesis se conduce en términos análogos. *La fundación como persona jurídica en la codificación civil. De vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983, que lo fuera de 1978. Otras tesis recientes de derecho civil parece que entran en esta problemática histórica, como en 1981, las de A. MIRAMBELL sobre enfiteusis y J. EGEA sobre heredamiento o en 1984 la de Miquel MARTÍN sobre lesión ultradimidium, pero también parece que sólo en su caso se prevé publicación en una sede ya inconveniente al efecto como la de los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel ALBALADEJO (tomo 30, pp. 166-282 y 451-472).

¹⁰⁵ Con sus diversas cuestiones, en la misma historiografía más políticas, ya con su entramado social, el efecto se detecta. Borja de RIQUER, *Lliga Regionalista. La burguesía catalana i el nacionalisme (1898-1904)*, Barcelona, 1977. Y la noticia no es que se difunda Michele OLIVARI, *Regionalismo catalano, stato e padronato fra il 1898 e il 1917*, Milán, 1983, en cuya presentación además se nos anuncia que el asunto no sólo interesa al curioso de esotismi

cho catalán, esto es, como ya menos suele aclararse, a abandonarlo a una suerte que era la de su manipulación por los sectores dominantes en su sociedad, sin posibilidad de contrastes como el de la propia representación política. Así se sustrae a la determinación social por medios constitucionales, ni auto ni heterónomos, la definición y el desenvolvimiento de este derecho; así se le entrega, en un período constitucional de sufragio general, al sector culturalmente dominante en la propia sociedad catalana; así ahora podrán producirse mitificaciones como la de aquel *pactismo* que, sin sustento ni expresión constitucional, sin capacitación de un propio poder político, ya está ofreciendo su juego; así nada gratuitamente arraigará el historicismo jurídico, o *foralismo* si puede decirse, que interesadamente refunde historia y derecho con estragos comprobados al menos para la primera ¹⁰⁶. Sobre ellos, no será la satisfecha cultura social salida de esta experiencia la que mejor responda ¹⁰⁷.

Los problemas se han trivializado. El federalismo, con o sin su nombre, ha pugnado por un principio democrático de determinación autónoma que intenta todavía más innominadamente mantenerse en las condiciones bien adversas de la Restauración, tras la debacle de la República; una reducción ulterior hacia otros terrenos querrá luego verse bajo el prisma de la virtud de una anunciación del régimen no federal dicho de autonomías ¹⁰⁸. La

¹⁰⁶ Y para el segundo B CLAVERO, «La gran dificultad» *Frustración de una ciencia del derecho en la España del siglo XIX*, en *Ius Commune*, 12, 1984, pp 91-115

¹⁰⁷ Ya interesaría para la propia vertiente jurídica una indagación cumplida del título de Jordi CASAS I IMBERT, *La configuració del sector «intellectual-profesional» a la Catalunya de la Restauració*, en *Recerques*, 8, 1978, pp 103-131 Sobre el tema desarrolla precisamente J. M SCHOLZ un programa de investigación Y tampoco ha faltado conciencia interna de la significación para el propio derecho de dicha hegemonía social, con sus instrumentos de academias, colegios y revistas Joaquim CAMPS I ARBOIX, *Historia del Derecho Catalán Moderno*, Barcelona, 1958, pp. 180-264.

¹⁰⁸ Isidre MOLAS, *El projecte d'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 1919*, en *Recerques*, 14, 1983, pp. 69-79, requiriendo todavía desde luego estudio esta encrucijada, desde la Asamblea de Parlamentarios de 1917, ya con la Mancomunitat J A GONZALEZ CASANOVA, *Federalisme i autonomia*, pp 214-253 Sobre la Asamblea del 17 se leyó, por Ignacio de ALÓS, tesis doctoral en 1979, dirigida por Manuel JIMÉNEZ DE PARGA, quien también fue director de las más conocidas de J SOLÉ TURA sobre Prat de la Riba, de 1967, y la de I MOLAS sobre la Lliga, de 1971,

teleología es mala consejera no sólo para la historia; también el autonomismo no nacionalista busca su divisa; todas las posiciones quieren que el pasado les augure y les sonría. El trasfondo preceptivo de toda ciencia política, con su calificativo que se resarce, realmente pesa en estas cuestiones. Y no parece que estemos hoy tampoco en óptimas condiciones constitucionales para el abordaje más neutral de este par de principios democráticos: federalismo y república.

La politología tiene dentro su problema y también en sus confines. La separación que ya produce entre materias políticas y civiles más añade que retira un estorbo. Se refuerza éste con la presunción, que curiosamente ahora se crece entre historiadores, de que el derecho civil pueda escapar a la historia, desde el tiempo romano a la doctrina actual; mas al menos así se aprecia el propio empeño social de un nacionalismo por conseguir precisamente el éxtasis ¹⁰⁹. No hay aquí más inocencia, si acaso, que la del historiador, ingenuo testigo de la rotundidad del triunfo de esta operación cultural en nuestro caso catalán: Maspons i Anglasesell servía para la historia como Fontanella quiere seguir sirviendo para el derecho ¹¹⁰. Dos realidades en una, ambas pierden.

Pierde la historia, pues el mismo espejismo de ciencia que así se crea ya hemos visto que la bloquea. La llevaba al máximo grado de la ignorancia que era su inadvertencia. Pierde el derecho, con su particular bloqueo: con su correspondiente sustracción a la sociedad en una época que se dice constitucional. Pierden am-

pero la de ALÓS no tengo noticia de que se haya editado. Angel COMALADA, *España el ocaso de un parlamento, 1921-1923*, Barcelona, 1985, es título engañoso, limitándose a la cuestión marroquí, que con toda su disparidad ya se interfería, y no para confluir Hay clases

¹⁰⁹ Especialmente expresivo por referirse a la cuestión política tras la civil sin detectarse relación, Juan J TRIAS VEJARANO, *Almirall y los orígenes del catalanismo*, Madrid, 1975, pp 228-294. Algunos de sus materiales básicos, interesando el contraste, ya están más disponibles. Josep M^a Figueres (ed.), *El Primer Congrés Catalanista i Valentí Almirall Materials per a l'estudi dels orígens del catalanisme*, Barcelona, 1985, con el segundo tema de este congreso, de 1880-1881, sobre derecho Para la continuación, M^a Carme ILLA I MUNNÉ, *El segon Congrés Catalanista. Un congrés inacabat, 1883-1983*, Barcelona, 1983

¹¹⁰ J. M.^a FONT I RIUS, *Presentació de la Col·lecció*, en *Textos Jurídics Catalans*, Barcelona, 1985, pp 9-17, o el mismo planteamiento de la empresa, a la que ya nos referimos

bos, aunque ya la idealización no sólo del nacionalismo se encargue de dificultar la constatación, escamoteándose claves. La propia cultura política de anhelo autonómico contemporáneamente generada viene de raíz viciada al menos, por lo que aquí nos interesa, a unos efectos de conocimiento. Y el paso de un siglo no regenera.

DE OTRO SIGLO, DE UNA HISTORIA

Penetremos en el XX, ya lanzados a la carrera; lleguemos a su República. No desaparecen con ella automáticamente las complicidades, o se crean de momento incluso nuevas. Bastaría ver el comportamiento de una izquierda nacionalista desconfiando de la propia autonomía en un asunto como el de la reforma agraria que habría de atacar la institución de las rabassas para acabarse metiendo en un verdadero callejón sin salida constitucional¹¹¹. Pero ya el propio sistema es más transparente, con su movimiento y avance de piezas. Entrando efectivamente autonomía, las mismas complicidades no cabían.

Desde el momento en el que se constituye un parlamento catalán que puede decirse democrático, aunque no lo fuera todavía en rigor el de la República por faltarle el voto femenino¹¹², la historia peor podrá interferirse: legislará directamente en materia agraria, como de sucesiones, o como también respecto a la con-

¹¹¹ B. CLAVERO, *Autonomía regional y reforma agraria*, Jerez, 1984, pp. 32-42, con su indicación de que el tema no se advierte por A. BALCELLS, *El problema agrario a Catalunya. La qüestió rabassaire, 1890-1936*, Barcelona, 1968, ed. ampliada, 1983, versión castellana anticipada de esta segunda, 1980. Pero la inadvertencia ni era ni es individual. Fue su tesis doctoral, de 1967.

¹¹² Ya por perspectiva centralista suele darse por establecido en España el sufragio universal con la propia Constitución republicana cuando todavía en las elecciones catalanas sabrá excluirse a la mujer del voto activo. Ismael E. PITARCH, *L'estructura del Parlament de Catalunya i les seves funcions polítiques (1932-1939)*, Barcelona, 1977, pp. 62-63. Importando todavía más el huevo que el fuero, ni siquiera el extremo se percibe. Pilar GARCÍA JORDAN, *Voto femenino. Repercusiones de su concesión y canalización del mismo por los sectores conservadores catalanes, 1931-1936*, en M.^a Carmen García Nieto (ed.), *Ordenamiento jurídico y realidad social de las mujeres*, Madrid, 1986, pp. 891-403.

dición de la mujer, que ya había sufrido con la situación previa ¹¹³. Podrá ser otro el derecho catalán, con su menos subrepticia jurisprudencia ¹¹⁴. Ya también interesaría estudiarlo en relación y contraste con los precedentes que menos visibles eran. Toda la recomposición en estos años del engarce constitucional de Cataluña en España también pasa por estos cauces.

No sé hasta qué punto los referidos precedentes realmente quebraron durante la República o todavía culturalmente resistieron en el seno de la sociedad catalana, pero pronto vendría el fascismo a salvarlos, recomponiéndose ahora la situación en los términos sustanciales de la Restauración, aun con pretensiones desde luego menos constitucionales. Ya es curioso que ahora priven ocurrencias como aquella del *neoforalismo*; no lo es que vuelva a primarse la historia, esto es, sus ficciones. El propio estudio del derecho catalán durante esta época, con el dato esencial de su Compilación, se resiste a situarse en su misma circunstancia histórica; en cuanto que investigación que rinda cuenta, tal estudio está prácticamente por iniciarse ¹¹⁵. El derecho catalán contem-

¹¹³ P. SALVADOR CODERCH, *La Compilación y su historia. Los presupuestos políticos y culturales de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña*, pp. 174-209, en *La Compilación y su Historia*, pp. 135-228, originalmente en M. Albaladejo (ed.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXVII-1, Madrid, 1981, pp. 32-115. Además también de la mejor monografía sobre el parlamento, la citada de I. E. PITARCH, tesis doctoral de 1976, justo es mencionar, como parte de su labor de memoria y recuperación, a J. CAMPS I ARBOIX, *El Parlament de Catalunya (1932-1936)*, Barcelona, 1976, así como la empresa más divulgadora de la revista *L'Avenç*, con su número cero, de diciembre de 1976, ya sobre *La Generalitat de Catalunya*, especialmente la republicana. Textos más escolares, y menos resistentes, ceden tanto exigencia crítica como capacidad de testimonio. Oriol VERGÉS y Josep CRUAÑAS, *La Generalitat en la Història de Catalunya*, Barcelona, 1982, por ejemplo. Pero también hay útiles publicaciones conmemorativas: I. E. Pitarch (ed.), *Parlament de Catalunya. L'obra legislativa, 1932-1939*, Barcelona, 1981, y *Parlament de Catalunya. Llibre del Cinquentenari*, Barcelona, 1984.

¹¹⁴ Antoni MILIAN I MASSANA, *El Tribunal de Cassació de Catalunya i l'organització del contenciós administratiu a la II República*, Barcelona, 1983. También puede con la autonomía interesar al efecto la formación propia de funcionarios: Josep SARRIÓ I GUALDA, *Història de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya (1912-1939)*, Barcelona, 1983.

¹¹⁵ Ya se inicia, forzando la propia sede original que decíamos inconveniente. P. SALVADOR CODERCH, *La Compilación y su historia*, pp. 210-228, páginas luego potenciadas por su segundo contexto de colección más coherente, especialmente por

poráneo, salvo el paréntesis de la República, ya se empeña por mantenerse como un objeto invisible, poco controlable. Ya la historia podría aportar, con la visión, control; mas sólo la primera es su función. El efecto de habilitación que pueda traer ya más proviene, no de ella misma, sino de la cancelación de su anterior fuerza incapacitadora.

El constitucionalismo, bien mirado, presenta sus ventajas también para la ciencia histórica. Ya tiene incluso su lección que dar: la de su primer capítulo que en rigor debe ser, pese a su proverbial descuido por parte de los propios constitucionalistas, el del derecho constituyente. No hay sujeto preconstituido, España o Cataluña en nuestro caso, que haya así de condicionar el derecho como la historia, la historia como el derecho. Ya la propia determinación del sujeto es a su diverso modo objeto de la una como del otro; ya tiene que ser su modo precisamente diverso, sin que el derecho lo dicte la historia ni la historia, aunque menos se reconozca, el derecho. Habiéndose mutuamente corrompido, deben ahora divorciarse. Importaba el derecho, pero ya el coetáneo, más bien todavía incógnito el pretérito.

La misma lección se habrá pensado que es más teórica que práctica, pero la excepción existe, ya de por sí confirmatoria. En un momento histórico ha tenido su aplicación no dándose por preconstituida España precisamente respecto a Cataluña, sin que ello trajese provecho al menos, por lo que aquí nos atañe, a nuestra ciencia histórica. Me refiero obviamente al período constituyente de la última República, para cuyo caso catalán se tiene además estudio ahora desde dicha perspectiva ¹¹⁶, sin que, tal y como

el capítulo siguiente, de aporías actuales en relación con la historia: *El Derecho Civil de Cataluña. Comentario al artículo 1.º de la Compilación catalana*, pp. 313-389, originalmente en *Revista Jurídica Catalana*, 1984, 4, pp 793-859. Y no hay que decir que en el debate de J. M.ª COLOMER, *Espanyolisme i catalanisme, 1939-1979*, no entra el derecho, ni era cultura ni es por lo visto política

¹¹⁶ Manuel GERPE LANDIN, *L'Estat integral i l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Barcelona, 1977, tesis doctoral de 1974. Extiendase la perspectiva al caso vasco y ya también sus incómodos datos cobrarán algún sentido B. CLAVERO, *Los fueros de las Provincias vascas ante la autonomía de la República española*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 15, 1986, pp 51-65. En el nuestro actual abundaba Josep M.ª ROIG i ROSICH, *L'Estatut de Catalunya a les Corts constituents (1932)*, Barcelona, 1978, de menor entidad, tesis de licenciatura. Y ya que alguna cita res-

digo, una historia que se dice española haya dado muestras de aprovechamiento, ni siquiera en su especialidad constitucional¹¹⁷. Siendo marco de la historia, por proyección del actual Estado, ya pesa siempre España como dato establecido.

España, en su configuración actual, parece un dato por encima de la historia durante la época constitucional, cuando jurídicamente ya corresponde plantearse su misma constitución. La problemática de segregación de territorios ha podido incluso ser una constante por este tiempo, pero ya se le conjura, constituyendo un punto ciego para el propio constitucionalismo; no afecta a nuestro caso, habiendo quedado ya Cataluña escindida, pero debe ser marco obligado de referencia para el mismo debate de federalismos y nacionalismos. Contra la propia historia, un resultado transitorio se erige en premisa absoluta: la España que constitucionalmente interesa es la presente; la que lo fuera ya sería un problema de derecho internacional. Pero, antes precisamente de serlo, lo era de orden constitucional interno¹¹⁸. Y en un capítulo jurídico o en otro, es en todo caso siempre problema, antes que dato, para la historia.

Aunque más acompañado, para la edad moderna también pesaba el sujeto de España, de su realidad actual. En el capítulo de su formación durante esta época anterior ya entra siempre Cataluña, la cispirenaica, y no en cambio el Portugal no menos penin-

pondía a justicia, deben también registrarse los textos póstumamente reunidos de Ferrán SOLDEVILLA, *Història de la proclamació de la República a Catalunya*, Barcelona, 1977

¹¹⁷ Adolfo HERNANDEZ LAFUENTE, *Autonomía e integración en la Segunda República*, Madrid, 1980, tesis doctoral de 1978, también significativo por tomarse como base de partida el mismo subterfugio con el que políticamente ya se quiso en la época escamotear el problema: la pretensión preconstituyente del Pacto de San Sebastián. Estudios centrales anteriores tampoco propiamente los suscitan, ya por preferir también el análisis politólogo constitucionalmente menos incisivo, luego parece haber remitido el interés académico por el tema. No será por estar resuelto, o sabido que es lo nuestro. Referencias reúne el propio A. HERNANDEZ LAFUENTE, *En torno a la bibliografía sobre la cuestión autonómica en la Segunda República Española*, en *Revista de Estudios Políticos*, 31-32, 1983, pp. 279-294, que ya era monográfico con una curiosa disculpa editorial de presentación.

¹¹⁸ Precisamente un internacionalista identifica el asunto ANTONIO REMIRO BROTONS, *Territorio Nacional y Constitución*, Madrid, 1978, pp. 15-51 para el XIX. Para el arranque X. ARBÓS, *La idea de nación*, pp. 194-198

sular y con ello tradicionalmente hispano o español; el caso es además que si entonces estuvo construyéndose una idea jurídica y no sólo geográfica de España, una idea que así alguna significación social ya alcanzase, esto ocurría entre Castilla y Portugal, importándole bastante menos a Cataluña ¹¹⁹. Tanto pesan los nacionalismos ulteriores, o mejor los estatalismos, que ya conviene hacerse indicaciones de este género con todas las protestas de que sólo de historia se trata; pero es que sólo de historia debe tratarse. Ya la propia frustración de una idea de España en gestación entre Castilla y Portugal, que discurría por cauces bastante menos impositivos, tendrá algo que ver con el posterior viraje, y no sólo en sentido geográfico, de la Nueva Planta. Ya decíamos que algo se escondía en la segunda mitad del XVII. Ignorándose Portugal, no es con todo que un apartado desaparezca; es que el hilo se pierde.

En las mismas Cortes de Cádiz resultaba problemática la concepción nacional de España, aun en otros motivos de más peso como el colonial, por poderse todavía comprender en el mismo concepto español un Portugal independiente ¹²⁰. Larga es la historia contemporánea de ignorancia correspondida entre España y Portugal, con toda la responsabilidad de sus respectivas historiografías empeñadas más en la política de construcción retrospectiva de sus sujetos nacionales que en la ciencia de indagación de un menos exclusivo pasado. Sintomático resultará que, viniendo a querer recuperarse una historia común también contemporánea, se proceda desde la perspectiva más hipotecada y al efecto impertinente; así, la permeabilidad particular entre Portugal y Galicia se nos presenta como factor de «desnacionalización», naturalmente española, de los gallegos ¹²¹.

¹¹⁹ B. CLAVERO, *Lex Regni Vicinioris*, pp. 37-62.

¹²⁰ X. ARBÓS, *La idea de nació*, pp. 112-113. Nada advertía, faltando la premisa de la idea nacional, Julia SEVILLA MERINO, *Las ideas internacionales en las Cortes de Cádiz*, Valencia, 1977, p. 322. Con el lastre de su denominación, tampoco el Derecho Internacional resulta por sí clarificador.

¹²¹ Hipólito DE LA TORRE, *Antagonismo y fractura peninsular España-Portugal, 1910-1919*, Madrid, 1983, pp. 72 y 156. Se publicó originariamente en portugués y esta parte con título involuntariamente elocuente: *Conspiração contra Portugal*, Lisboa, 1978.

Si resiste la ecuación entre *estado* y *nación* y no se traen además a las minúsculas, todo esfuerzo de comprensión será baldío. Debieran ante todo recuperarse las proporciones; así, la «batalla lingüística» que se nos decía respecto al catalán ya palidecería ante la que se libró más interiormente contra el árabe de la nación morisca dicha también entonces andaluza ¹²². Si aquella era cuestión bélica, ¿qué calificación reservaríamos para ésta? Ya el ensimismamiento en un solo caso, sentidamente propio, algo ciega.

Los equívocos siguen a la orden del día, comenzándose por el primero y principal: España por Castilla, ya cuando menos desde la edad moderna. Debe estarse a la teoría de conjuntos de la época, ya bien compleja. La Monarquía no era España, como ya advertíamos, pero de ella fungía, sobre todo exteriormente, por la precisa razón de ser Castilla. Se había formado la doctrina de que esta Corona castellana, y no las otras españolas, se constituía como *caput Hispaniae*, entrañando *ius universitatis*: un derecho como parte capital a representar el todo sin necesidad de poseerlo o abarcarlo enteramente; así, podían Portugal como Cataluña aparecer más aleatoriamente en el concepto de España sin afectar a su identificación; así elásticamente podía el mismo nombre proyectarse sobre territorios exteriores sin detrimento de su identidad. Ni realidad ni enigma históricos, eran figuraciones que miraban a otras vertientes que la de una constitución propia ¹²³.

Era, con su cabeza castellana, un cuerpo místico España, sin ironía ni metáfora. El propio sustrato religioso de tales concep-

¹²² LOUIS CARDAILLAC, *Moriscos y cristianos Un enfrentamiento polémico, 1492-1640*, Madrid, 1979, y su resultado fue además tal que hoy caben las excusas por su desconocimiento incluso entre especialistas. VÍCTOR MORALES LEZCANO, *El colonialismo hispanofrancés en Marruecos (1898-1927)*, Madrid, 1976, p. 8 Había clases.

¹²³ Porque no se me desborde esta reseña, permítaseme aquí un registro más personal. No es descargo de responsabilidades, sino reconocimiento de deudas, la constancia de que en estos temas vengo aprovechándome de las oportunidades de reflexión ofrecidas por otros, desde Miguel Artola y Francisco de la Peña en cursos veraniegos de Santander y de Alcalá hasta Mariano Peset en conferencias hivernales en Valencia. La misma libertad de la exposición oral, sin nota al pie, sea-me aquí permitida

tos históricos ya despejaría confusiones. Y el hecho no menos capital será que, al tiempo que esta teología política entra en vías de extinción, igualmente se desvanece el más efectivo proyecto portugués de integración española: más desnudo va quedando, como horizonte español, el de la hegemonía castellana. Nada de esto, tan poco estructural, explica por supuesto nada, pero ya iluminaría el panorama, aunque sólo fuera por el desplazamiento de ideas más extemporáneas y demasiado cargadas de preocupaciones, no teológicas, sino teleológicas. Repitamos la lección: la acepción política de España es en rigor contemporánea. Los otros son hilos más o menos perdidos que convendría recuperar a los puros efectos de comprensión histórica ¹²⁴.

Pues sólo de historia en efecto tratamos; más vale también repetirlo. Ya le conviene a ella misma la observación completamente ingenua, sin carga alguna de preocupaciones. Ya debiera en esto espabilar, aunque sólo fuera por mejor curarse de su propia tradición de cegueras y manipulaciones. Menos atentos y precavidos se muestran todavía los propios historiadores, aún ya conscientes del pasivo de la herencia. García Cárcel presentaba su *Historia de Cataluña* con el anuncio de la superación del lastre nacionalista de la historiografía catalana para a continuación no menos paladinamente declarar su deliberación de contribuir «a superar las viejas incomprendiones y recelos que han salpicado de tensiones la dialéctica Cataluña-España» ¹²⁵. He aquí todavía el otro lastre ¹²⁶, y no se diga que sin peso; ya lo vimos, bien que

¹²⁴ Con referencias al efecto aún más secundarias que difícilmente franquean aquella mentalidad, J. LALINDE, *España y la Monarquía Universal (En torno al concepto de «Estado moderno»)*, en *Quaderni Fiorentini*, 15, 1986, pp. 109-166

¹²⁵ R. GARCÍA CÁRCEL, *Historia de Cataluña*, I, p. 11, que es también el ánimo de la obra más rica sobre el mosaico regional con el que se encontrará el Estado español, al menos en las expresiones tanto de su introducción como de su capítulo catalán, ya citado: R. FERNÁNDEZ (ed.), *España en el siglo XVIII. Homenaje a Pierre Vilar*.

¹²⁶ Más se comprende todavía en unos terrenos de ciencia o análisis político con subyacente vocación preceptiva, pese a protestas, ya en el punto del ajustamiento de piezas en un mapa español, así, con ayuda a la «creación literaria» del Ministerio de Cultura, F. MERCADE, F. HERNÁNDEZ y Benjamín OLTRA, *Once tesis sobre la cuestión nacional en España*, Barcelona, 1983, queriendo confesadamente aportar «concordia» y «lucidez», a cuyo segundo objetivo ya empuja el primero más piadoso; igual lastra que siendo otra la caridad el amor y la subvención

volublemente, situar en una perspectiva exterior degradatoria el testimonio histórico de la propia jurisprudencia catalana; o ya lo vimos despreciar su propia capacidad de testimonio. Hay un reflujo que, con servidumbre para la historia, se nota desde luego en la misma *naciología* ¹²⁷.

Vuelve la discriminación del privilegio de nación. Lo goza en la historiografía: constituirse religiosamente en sujeto. Una historia *de* España no se entiende que deba comenzar como la de algún otro mortal, con su tiempo de existencia. La historia de cualquier otro agregado social, como la del individuo, no puede permitirse tamaña licencia de obviarse el nacimiento. Cuando de nación se trata, su propia semántica se ignora: no la hay *en* la historia. Historia «en» taumatúrgicamente se transmuta en historia «de». El espacio cobra vida; el objeto deviene sujeto; el problema de su propia contingencia se ha esfumado; la hipóstasis vence a la historia.

Si algún escrúpulo se guarda, ya el mismo tiempo lo cura; difícilmente se le verá en una historia de España, pero todavía surgirá en la de Cataluña. La primera existe más de siempre que la segunda. Ya suele arrancar la historia de Cataluña con la de su nombre propio; caso de elevarse más, también todavía puede sentirse obligada a algún tipo de cautela: *Pre-Cataluña* como sujeto precursor de Cataluña, por ejemplo ¹²⁸. No es que resulte eufónico, o ni siquiera convincente, pero ya es más escrupuloso. ¿Y quién diría para ningún momento *Pre-España*? ¿Quién, por ventura, *Post-España*?

¿Y quién tirará la piedra? ¿Será la catapulta este Anuario de historia de un *Derecho Español*? ¿La percutora, esta disciplina que factura manuales e imparte cursos de tal sujeto arrancando im-

También J. M.^a COLOMER tiene su personal manifiesto *Contra los nacionalismos* (Barcelona, 1984) y por el mestizaje. Aquí concordaríamos

¹²⁷ Con su implicación performativa más directa, como disciplina de facultad jurídica que ya suele solapadamente ser *reflexió preliminar* de J. SOLÉ TURA a X. ARBÓS, *La idea de nació*, que es tesis, de 1984, realizada bajo su dirección, o su propio volumen *Nacionalidades y Nacionalismos en España. Autonomías, federalismos, autodeterminación*, Madrid, 1985, pueden ilustrarlo

¹²⁸ J. SOBREQUÉS I CALLICÓ (ed.), *Formas i Institucions del Govern de Catalunya*, Barcelona, 1983, que es texto de divulgación histórica, también por ejemplo.

pasiblemente desde tiempos dichos prehistóricos? ¿Y qué se diría de una historia del *derecho catalán* que a estas alturas lo propio hiciera? Ya debe reconocerse que cierta descompensación sigue existiendo ¹²⁹.

Sea impasible en sí la ciencia histórica. Mal la hay sin indiferencia a la misma suerte de sus sujetos, nacionalismos incluidos; bien interesándole tan sólo la contingencia de sus objetos, naciones comprendidas. Y para el caso: Catalunya, Catalonia, Katalonien, Catalogne, Catalogna, Cataluña, etcétera.

BARTOLOMÉ CLAVERO

¹²⁹ Y cerrada esta reseña (primavera de 1987) hace su aparición una obra de entidad en verdadera tensión entre el derecho y la historia. Víctor FERRO, *El Dret Públic Català. Les Institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*, VIC, 1987

DE RE HISTORICA

Se suele decir que todo historiador —también el historiador del derecho— debe a veces hacer un alto en su camino y reflexionar sobre su propio quehacer. Quien se deja convencer por tal advertencia puede correr el peligro de dejar de ser historiador y convertirse en filósofo de la historia, pero, aun teniendo presente este peligro, no deja de ser cierto que hay determinados momentos en la vida de un historiador en los que parece aconsejable hacer un alto en el camino y reflexionar sobre la actividad histórico-jurídica, propia y ajena.

Uno no se ha hecho nunca grandes ilusiones sobre la tarea del historiador; en cierto sentido ha tendido a equipararla a la de todo aquél que se enfrenta con la tarea de reconstruir una estatuilla de porcelana rota accidentalmente; esta tarea, difícil de por sí, puede tornarse todavía más difícil, al haberse mezclado los restos de dicha estatuilla con los restos de otras estatuillas y haberse desperdigados y al no tener idea alguna de la forma originaria de la estatuilla accidentada aquél que intenta reconstruirla. Tras una búsqueda de todos los restos, nuestro restaurador tiene que tomar una serie de decisiones: a) decidir si todos los restos recuperados son o no restos de la estatuilla; b) decidir si todos los restos identificados como propios de la estatuilla son todos sus restos o no; c) proceder a la reconstrucción de la estatuilla accidentada. En teoría esta última tarea se vería facilitada si las dos decisiones primeras pudieran conducir a la identificación de todos los restos de la estatuilla sin que faltase fragmento alguno y si estos restos presentasen cortes netos, que permitiesen una unión sin dudas. Por desgracia las cosas no siempre suceden de dicha manera: aparecen mezclados restos de diversas estatuillas, los restos hipotéticamente identificados con los de la estatuilla a reparar no son todos sus restos y finalmente los cortes no son netos dificultando así la unión. El paciente reconstructor hace diversos tanteos, descarta unos restos y se queda con otros, procura ir pegán-

dolos hasta que la estatuilla va cobrando una cierta forma y finalmente se decide a ofrecer sus resultados intentando superar las carencias. Algo semejante realiza el historiador: trata de reconstruir algo que no ha conocido y se ve obligado constantemente a realizar diferentes ensayos de reconstrucción y a explicar por qué se opta por una u otra reconstrucción. El apoyo en los testimonios del pasado justifica el trabajo del historiador y la adopción de unos determinados testimonios y el rechazo de otros para su reconstrucción encuentra su justificación en los criterios adoptados.

Pero no todos los restauradores necesitan recurrir a la paciencia; hay quien ante determinados restos logra hacerse una idea clara y distinta de la forma de la estatuilla siniestrada: la reconstruye sin duda alguna y automáticamente, reconstruida ésta, quedan rechazados como inútiles los restos sobrantes. Y hay historiadores que gozan de esta misma capacidad, al formar parte de aquellos sabios platónicos que logran recuperar la visión de la idea de la que disfrutaron en alguna ocasión. Precisamente por ser poseedores de dicha idea, pueden reconstruir el pasado sin duda alguna y pueden prescindir, sin explicación alguna, de cualquier testimonio que enturbie la reconstrucción de ese pasado contemplado clara y distintamente como una idea.

No pretendo criticar estas distintas maneras de obrar. Me inclino por la primera, pero ni rechazo ni critico la segunda. Me limito simplemente a subrayar la distinta forma de actuar de estos dos tipos de historiadores y únicamente me planteo las consecuencias que del creciente éxito alcanzado por el segundo tipo de historiador —que en cuanto poseedor de la verdad, pues la ha logrado contemplar aunque sea fugazmente en una pura visión intelectual, puede prescindir de lo que genéricamente puede calificarse de crítica— se derivan para el primer tipo de historiador.

Proliferan hoy entre los historiadores del derecho aquellos que han tenido una visión intelectual del pasado y que en función de esa visión lo recuperan, prescindiendo por inútil y por ello de no digno de tomarse en consideración de todo aquello que no puede ser utilizado para plasmar lo captado por su visión intelectual del pasado. Y este nuevo método se ha extendido, afectando incluso a miembros de las más antiguas generaciones de historiadores del derecho todavía actuantes dentro de la llamada Univer-

sidad española. Me ocuparé de un lado de algunos de los más ilustres representantes de la investigación histórico-jurídica, jubilados ya los discípulos más o menos directos de los fundadores de la escuela de Hinojosa (García de Valdeavellano, Torres López, García Gallo) y de un representante de la nueva generación de la L.R.U. La elección de estos historiadores del derecho para describir el nuevo método viene motivada por razones personales: es mi obra la que conozco más profundamente y por ello me apoyo en las alusiones a la misma realizada por otros autores para llevar a cabo esa descripción del nuevo método. Pero quisiera inmediatamente subrayar que no pretendo llevar a cabo una crítica —una valoración de la obra de los historiadores del derecho elegidos—, todos los cuales gozan de mi mayor respeto desde el punto de vista personal y de mi aprecio en distinto grado desde el punto de vista científico, pues entonces este escrito tendría otro carácter, sino simplemente una descripción de algunas de las características actuales de parte de la historiografía jurídica hispánica, ya que las aquí recogidas ni son propias ni exclusivas de los autores mencionados, características que encuentran a mi entender su origen en esta capacidad de recuperar el pasado gracias a la facultad de recordar las ideas contempladas en otros tiempos y lugares.

1. UNA NUEVA EDICION DEL ESPECULO

Recientemente ha aparecido una nueva edición del *Espéculo* de Alfonso X debida al profesor Martínez Díez¹. Con un afán meramente descriptivo, me limitaré a recoger aquí algunas afirmaciones de la introducción de su editor para ejemplificar algunos de los rasgos más característicos de parte de la investigación histórico-jurídica —y creo que no sólo histórico-jurídica— actual: de un lado una clara preferencia por los adjetivos en detrimento de los sustantivos y de otro lado una clara inclinación, vinculada estrechamente a este empleo del adjetivo, a la indeterminación, que

¹ *Leyes de Alfonso X. I. Especulo*. Edición y análisis crítico por Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, con la colaboración de José Manuel RUIS ASENCIO (Avila, 1985).

impide cualquier comprobación y discusión de las afirmaciones realizadas.

Hablando de la datación del Espéculo y admitiendo en definitiva que se aprobó por corte en Palencia en cualquier día del período que va entre el 2 de mayo y el 22 de junio de 1255 afirma el P. Gonzalo:

«La hipótesis de un ordenamiento singular desconocido de Alfonso X que regulara los aranceles de los selladores y que mereciera el nombre de libro, aparte de carecer de cualquier apoyo documental, resulta inverosímil. El caso citado por Aquilino Iglesia del Ordenamiento de las Cortes de Jerez de 1268 del que se dice *fechó el libro en Sevilla por mandado del Rey*, no se refiere a unos aranceles o a una disposición legal particular del rey sino a un extenso ordenamiento de Cortes que por su gran amplitud bien pudo merecer ser designado como *libro* y no podemos admitir fácilmente y sin pruebas la pérdida de algún *libro* de disposiciones normativas»².

Me limito aquí a subrayar el adjetivo: *inverosímil* y la indeterminación: «extenso ordenamiento (...) que por su gran amplitud bien pudo merecer el nombre de *libro*».

Vayamos por orden: ¿qué es lo que resulta inverosímil? ¿Que Alfonso X el Sabio redactara un arancel? ¿Que este arancel se calificara de libro? ¿Que este arancel cualificado de libro se haya perdido?

Todo el problema arranca de la petición 40 de las Cortes de Zamora de 1274, que, por ello mismo, merece ser citada:

«Otrosi tiene el Rey por bien que los que sellan las cartas en la chancillería que non tomen por ellas mas dello que dize en el su libro que fue fecho por corte en Palencia en el anno que casó Don Doarte; e si mas tomaren, que lo den doblado a aquel de quien lo tomó e que peche cinquenta maravedis al Rey; e que ninguno escrivano destos non tome servicio ni presente ni precio ni ninguna cosa en ninguna manera por carta del Rey que non fuere en sentencia, o por las otras escrituras del pleito, e desto que resciban precio segund que entendiere el alcalde que sera guisado; e si lo fiziere que pierda el oficio, e sea luego echado del, e peche doblado quanto tomare a aquel de quien lo tomo»³.

² «Leyes» cit 28, vid. infra, n 38

³ CARLYC I, 16 (1274) 40, p 93

Me cito para recoger un planteamiento generalmente aceptado, que yo sin embargo rechazó: «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»⁴.

Ahora bien, como he señalado en muchas ocasiones, en esta solución juega un papel decisivo la idea preconcebida que cada uno se hace de lo que sea un libro, ya que Alfonso X fue un monarca muy preocupado por poner tasas al precio de las cosas y de los servicios, como muestran claramente sus primeros ordenamientos de Cortes. Los historiadores del derecho se han fijado así fundamentalmente en la mención de un libro, dejando a un lado la regulación de la tasa de los derechos de los selladores: identificados los libros realizados por Alfonso X, bastaba elegir —pero sólo entre esos libros—, aquél que pudiera ser señalado por las Cortes de Zamora y la elección recayó en el Espéculo, por las razones dichas, sin reparar que en ese caso serían dos los libros de leyes —Fuero Real y Espéculo— que habrían sido hechos «en el anno que caso don Doarte» o «en el anno que don Edoart fijo primero e heredero del Rey Enrrique de yngla terra Recibio caualleria en burgos de don alfonso el Rey sobredicho en el anno quarto que el Regno». Preciso que no considero este hecho una objeción; simplemente constato un hecho.

Ahora bien, ¿qué se entiende por libro? María Moliner afirma que libro es un «conjunto de hojas escritas sujetas todas juntas por uno de sus lados... legalmente, impreso no periódico de 200 páginas o más». Dice además que folleto es un «libro de pocas páginas, generalmente sin encuadernar. La ley de imprenta española le asigna entre cinco y cuarenta y ocho páginas». Más precisas, en cierto sentido, son las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española: libro es una «reunión de muchas hojas de papel, vitela, etc., ordinariamente impresas, que se han cosido o encuadernado juntas con cubierta de papel, cartón, per-

⁴ Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «Fuero Real y Espéculo», en *AHDE*, 42 (1982), 161

gamino u otra piel, etc., y que forman un volumen» y añaden los académicos igualmente que «para los efectos legales, todo impreso no periódico que contiene 200 páginas o más. Con arreglo a la Ley de 12 de mayo de 1960, el número de páginas ha de ser 49 o más, excluidas las cubiertas». Del folleto los académicos dicen que es una «obra impresa, no periódica, que no consta de bastantes hojas para formar libro. Con arreglo a la Ley de 12 de mayo de 1960, el número de páginas ha de ser entre cinco y cuarenta y ocho, excluidas las cubiertas». Baste recordar, finalmente, que Corominas coloca la introducción del término folleto, del italiano *foglietto*, en el 1732.

La vinculación histórica de estas definiciones es clara, pero pese a las diferencias entre las mismas pueden obtenerse algunas conclusiones:

1. El libro es un conjunto de hojas que aparecen reunidas.
2. La reunión de estas hojas se deriva del hecho de haber sido cosidas o encuadernadas juntas, precisando María Moliner que se cosen las hojas por uno de sus lados; podría afirmarse que normalmente el libro es un conjunto de hojas cosidas por su margen izquierdo.
3. Estas hojas están normalmente impresas —¿no periódicamente?— o escritas, con lo que se quiere destacar que ese conjunto de hojas no son hojas en blanco para escribir sobre ellas, sino que son hojas ya escritas y hoy normalmente estas hojas de los libros son hojas impresas y no manuscritas. Aquí se apunta ya la ambigüedad de esta definición, pues «cuaderno», que es para la R.A.E. un «conjunto o agregado de algunos pliegos de papel, doblados y cosidos en forma de libro», es el término que se utiliza para aquel conjunto de hojas que se destina para escribir sobre el mismo o como también dice la R.A.E. «libro pequeño o conjunto de papel en que se lleva la cuenta y razón, o en que se escriben algunas noticias, ordenanzas, instrucciones» y este conjunto de papeles en blanco, una vez escrito, puede convertirse en un libro manuscrito, aunque sea un pequeño libro como dicen los académicos.
4. ¿Y cuántas hojas son necesarias para constituir un libro? Aquí radica el problema. Los académicos hablan de muchas hojas, mientras María Moliner nada dice sobre el número de páginas. Es cierto que en la definición que da de folleto pone como ca-

racterística del folleto sus «pocas páginas», pero al mismo tiempo afirma que el folleto es un «libro de pocas páginas». Y no es necesario subrayar que decir muchas páginas es dejar a la subjetividad de cada cual el determinar lo que debe denominarse libro o folleto. Precisamente por ello se explica el esfuerzo de la ley por calificar de libro o folleto todo conjunto de hojas escritas en atención al número —objetivamente establecido— de páginas. Pero también es evidente que una cosa es lo que dice la ley y otra cosa es lo que dicen los hablantes, ya que la calificación que se hace normalmente de una obra como libro o folleto no depende de si tal obra es o no legalmente libro o folleto.

No sé si alguna vez ha logrado triunfar en la historia peninsular un concepto de libro tan preciso que permitiera evitar la imprecisión actual ni tampoco sé si Alfonso X ha definido alguna vez lo que entendía por libro y si, en el caso de haber llevado a cabo aquella definición, la respetó en todas las ocasiones en las que empleó el término libro, ni puedo ahora llevar a cabo esta tarea de comprobación acudiendo a los vocabularios, aunque sean parciales, de sus obras. Dentro de esta situación, que reconozco precaria y provisional, he tratado de precisar el uso que de este término libro ha hecho, aunque fuera ocasionalmente, Alfonso X.

Así, en 1971, afirmé 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»⁵ y reiterando estas mismas palabras en 1982 añadí, «Alfonso X califica también de “libro sellado de mio sello” un cuaderno que recoge diversas cartas de arrendamiento»⁶.

El ordenamiento de Cortes de Jerez de 1268 «no se refiere a unos aranceles o a una disposición legal particular, sino a un extenso ordenamiento de Cortes que por su gran amplitud bien pudo merecer ser designado como *libro*», me recuerda el P. Gonzalo, pero me da la impresión que de esta manera evita enfrentarse con el problema, pues de mis textos de 1971 —no de la adecuación rea-

⁵ Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «Las Cortes de Zamora de 1274 y los casos de corte», en *AHDE*, 41 (1971), 948-949.

⁶ IGLESIA FERREIRÓS, «Fuero» cit. 161

lizada por el P. Gonzalo— y de 1982 se deduce claramente que mi intención era probar que Alfonso X pudo calificar como libro un «ordenamiento, arancel o cuaderno», es decir un texto con menos páginas que las ofrecidas por el Espéculo o las Partidas. De aquí que tengamos que fijarnos en la segunda frase del P. Gonzalo, la única que podría dejar sin fuerza mi argumentación. Y aquí es donde brilla la imprecisión apuntada: «extenso Ordenamiento de Cortes que por su gran amplitud bien pudo merecer ser designado como *libro*».

A mí se me escapa lo que entiende el P. Gonzalo por extenso e incluso dudo si nos referimos al mismo ordenamiento. Para evitar confusiones señalaré que yo aludo al ordenamiento de Jerez de 1268, publicado por la R.A.H., en el primer volumen de su colección de Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla. Este ordenamiento, tal como ha sido publicado, se abre con una salutación de Alfonso X al concejo de Sevilla y a los otros concejos del arzobispo de Sevilla, donde les comunica las cosas establecidas en beneficio de todos, «et porque se tollese la carestia e tornase la tierra en buen estado. Et posimos lo en la guisa que veredes en este escripto», tras lo que vienen, en la edición, 49 capítulos, cerrándose todo ello con la afirmación: «Fecho el libro en Seuilla por mandado del Rey miercoles treynta dias de jullio era de mill e tresientos e seys annos...»⁷. Ocupa pues este ordenamiento en la edición de la R.A.H., 22 páginas; puede afirmarse que su extensión manuscrita sería mayor, pero yo no puedo resolver esta cuestión; los académicos afirman que «hállase este ordenamiento en un códice en fol. de la B.N., d 81... fol. CXVIII»; ahora bien según las noticias que siguen dando los editores este ordenamiento está «en el libro en que estan treslado todos los preuilegios e las cartas de las libertades e merçedes que los rreyes fisieron a Seuilla», realizado en la era de 1373 (=1335)»⁸.

Si se quiere encontrar otro camino, aunque también sea aproximado, para determinar la extensión de este ordenamiento, puede recurrirse al sistema de contar las líneas y los espacios con que cuenta cada línea del texto impreso del ordenamiento de Jerez de

⁷ CARLYC I, 14 (1268), 64-85

⁸ CARLYC I, 14 (1268), 64, n 1

1268 para comparar el resultado alcanzado con el resultado de hacer la misma operación en la edición del *Espéculo*. El problema está en que en estas ediciones ni es constante el número de líneas ni es constante el número de espacios, contados como tales los ocupados por una letra, un signo de puntuación o un espacio en blanco. Si nos fijamos en la primera página de la edición de las Cortes de Jerez de 1268 en la que no aparece nota alguna que empequeñezca la caja, la página 71, nos encontraríamos con que dicha página tiene 39 líneas, de las que las tres primeras líneas completas tienen 66, 70 y 70 espacios. Recordaré que la edición ocupa 22 páginas. La reciente edición del *Espéculo* en un formato menor, aproximadamente 17×24 frente a 22×32 de la edición de los académicos de las Cortes, ocupa, prescindiendo del sumario, las páginas 101-601. Pese a su menor tamaño y pese a ser más difícil la cuantificación, si nos fijamos en la primera página sin epígrafes y sin notas —página 102— nos encontraríamos con que tiene 38 líneas y en la primera línea hay 74 espacios, en la segunda 75 y en la tercera 67, mientras que en la cuarta hay 77 espacios. Yo creo que sin exagerar se puede decir que ambas ediciones contienen por página impresa aproximadamente la misma cantidad de texto y podría así concluirse que tanto se llama libro a una obra impresa en 501 páginas como a una impresa en 22 páginas.

Y nos queda todavía el testimonio de 20 de junio de 1277, donde Alfonso X recuerda que los hombres buenos de Aguilar de Campoo «me pidieron merced por vos, que vos mandase dar ende libro seellado de mio seello, porque oviesedes ende mas cierto recabdo. Et yo tengolo por bien et mandélas todas escrevir en este quaderno, et dar vos lo seellado con mio seello colgado», recogándose a continuación una serie de cartas reales de arrendamiento de rentas, cerrándose esta colección con la frase: «Fecho este quaderno en Burgos...»⁹. Tenemos así 17 páginas, donde la primera sin notas tiene 33 líneas y la primera línea 67 espacios, la segunda 61 y la tercera 58¹⁰. Estaríamos así ante un libro —esto es lo que Alfonso X dice que le piden— de menos de 17 páginas, si lo comparamos con los otros textos editados, que el Rey Alfonso X califica de cuaderno al concederlo.

⁹ *MHE*, I, 140 (20-VI-1277) pp 308-324, frase en pp 308 y 324

¹⁰ *MHE*, I cit 309

Recordaré, además, que el ordenamiento dado en 1252 habla de posturas y remata «Fecha la carta en Seuilla...»¹¹; ocupa 19 páginas de la edición de García Ramila, mientras el ordenamiento de 1258 habla de cosas, aunque afirme también que «et yo sobredicho Rey d. Alfonso mandamos que todas estas posturas» y termine «Dada en Valladolid...»¹²; ocupa 12 páginas de la edición de García Ramila y 10 páginas en la edición de los académicos¹³, lo que nos ahorra dar el cálculo de las líneas y de los espacios. Si uno, para terminar, vuelve al *Espéculo*, a la edición reciente, para contar las páginas que ocupa la regulación de las tasas de los derechos de los escribanos y selladores, encuentra que a la misma dedica aproximadamente este texto legal unas nueve páginas, que son las ocupadas por E. 4,12,52-60 y 4,13,4¹⁴.

Estos datos tienen un valor distinto —se habla de libro, cuaderno, postura, carta—, pero sigue habiendo un hecho cierto: Alfonso X califica de libro lo que aparece publicado hoy en 22 páginas. Este texto es un ordenamiento de Cortes, pero precisamente por ello, al ser un ordenamiento de cortes, puede ser, al mismo tiempo, un arancel —«Tarifa oficial que determina los derechos que se han de pagar en varios ramos, como el de costas judiciales, aduanas, ferrocarriles, etc.», dicen los académicos—, tal como afirma García Ramila del ordenamiento de Sevilla de 1252, al que califica de «ley de tasas»¹⁵. Y este mismo calificativo puede aplicarse al ordenamiento de las Cortes de Jerez de 1268.

La extensión de este ordenamiento, al menos de su texto impreso, ya la conocemos y el hecho de ser un ordenamiento no es

¹¹ Ismael GARCÍA RAMILA, «"Ordenamiento de posturas y otros capítulos generales" otorgados a la ciudad de Burgos por el Rey Alfonso X», en *Hispania*, V, núm. 19 (abril-junio 1945) pp. 204-222. Recientemente se ha vuelto a editar este ordenamiento, Georg GROSS, «Las Cortes de 1252. Ordenamiento otorgado al consejo de Burgos en las Cortes celebradas en Sevilla el 12 de octubre de 1252 (según el original)», en *BRAH*, 182, 1 (enero-abril 1985) 95-114. En esta edición el ordenamiento ocupa las pp. 98-114, es decir un total de 17 páginas que pueden reducirse a 16, pues el ordenamiento sólo ocupa las siete últimas líneas de la p. 98 y termina en la p. 114, sin completarla.

¹² GARCÍA RAMILA, *Ordenamiento* cit. 224-235.

¹³ *CARLYC* I, 13 (1258), 54-63.

¹⁴ Es decir, pp. 394-400 y 404-405 de la edición mencionado.

¹⁵ GARCÍA RAMILA, «Ordenamiento» cit. 192.

lo que determina el que se le califique de libro, sino su extensión. Y dado que un ordenamiento puede reducirse en su contenido a un arancel, es lógico concluir que un arancel de la extensión del ordenamiento de Jerez pudo ser calificado también por Alfonso X de libro. Si Alfonso X calificó de libro al Ordenamiento de Jerez de 1268, «el libro que fue fecho por corte en Palencia en el año que caso don Doarte» no tiene ya por qué identificarse necesariamente con el Espéculo. No niego que pueda ser el Espéculo el libro aludido en 1274, pero afirmo que puede ser también un arancel, donde se haya establecido la tasa de los derechos de escribanos y selladores, puesto que esta tasa aparece regulada en los títulos 12 y 13 del libro IV del Espéculo y a selladores y escribanos alude el mencionado capítulo 40 de las Cortes de Zamora ¹⁶, que aproxima escribanos y selladores tal como hace E. 4,13,4: «E dezimos que los seelladores de la chancelleria del rrey deuen auer cada vno dellos commo cada vno de los otros escriuanos del rrey.» Y un arancel de este estilo podría alcanzar las nueve páginas impresas como mínimo, que es lo que alcanzan las leyes del Espéculo. No confundo la hipótesis con la realidad; discuto únicamente la verosimilitud o inverosimilitud de esta hipótesis.

Así expuesto mi planteamiento, reconozco que a favor de la identificación con el Espéculo está el poder contar con este texto, cosa que no sucede con ese arancel no identificado. Por ello, como he señalado ya en otra ocasión, contra mi afirmación «puede siempre oponerse lo siguiente: mientras este arancel no aparece, parece más probable identificar el libro 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?» ¹⁷.

Da la impresión, sin embargo, que estas afirmaciones necesitan aclaración, a pesar de que me parecen de una claridad meridiana. Al hacer las mencionadas afirmaciones, yo me limitaba a exponer las consecuencias que se derivan de la aceptación de la

¹⁶ Vid. supra texto de n. 3.

¹⁷ IGLESIA FERREIRÓS, *Fuero* cit. 161-162

datación propuesta por Craddock. Por ello repito, si se acepta la tradicional identificación del libro mencionado en las Cortes de Zamora de 1274 con el *Espéculo* y se fecha el *Fuero Real* el 25 de agosto de 1255 —pero creo que es harto conocido que yo no acepto ni la identificación ni la datación indicadas—, entonces las conclusiones de Craddock serían admisibles, si se encontrase una solución para el problema de las concesiones de un libro a Aguilar de Campóo y a Sahagún y se lograra explicar razonablemente por qué Alfonso X, tras promulgar el *Espéculo*, promulga el *Fuero Real* y a continuación promulga las *Partidas*.

La identificación entre el libro mencionado en las Cortes de Zamora de 1274 y el *Espéculo* no obliga necesariamente a aceptar todas las conclusiones de Craddock, pero en todo caso obliga a reconocer que este libro mencionado en las Cortes de Zamora de 1274 e identificado con el *Espéculo* tuvo que ser «fecho» en el período que va entre noviembre de 1254 y noviembre de 1255, año determinado por el casamiento del infante inglés («su libro que fue fecho por corte en Palencia en el anno que casó con don Doarte»); y como perspicazmente ha subrayado Craddock este año se limita en la práctica al período que cae entre el 2 de mayo y el 22 de junio de 1255 —período que admite Martínez Díez— pues sólo en ese período se encontró Alfonso X en Palencia; pero admitido esto, tendrá que admitirse necesariamente que lo concedido el 14 de marzo de 1255 a Aguilar de Campóo y el 25 de abril de 1255 a Sahagún tuvo que ser o el *Fuero Real* u otro libro del Rey, que no pudo ser el *Espéculo*. Yo no acepto este planteamiento por razones harto conocidas¹⁸, pero si se identifica el libro mencionado en las Cortes de Zamora de 1274 con el *Espéculo* y se acepta la limitación temporal establecida por Craddock, es necesario encontrar respuesta a las concesiones mencionadas; precisamente por ello, en estos momentos yo me limito a subrayar las consecuencias derivadas de la adopción de un determinado planteamiento —la identificación del libro mencionado en las Cortes de Zamora de 1274 con el *Espéculo*—, ya que éstas no terminan allí donde quien lo establece pretende hacerlas terminar.

¹⁸ Por otras razones, que ya he expuesto, creo que lo que se concede es el *Fuero Real*, pero esto nada tiene que ver ahora con estas hipótesis.

Pero aun aceptando que ese libro concedido a Aguilar de Campóo y Sahagún fuese el Fuero Real —Martínez Díez rechazaría otro libro por no haber prueba documental del mismo—, que evita los interrogantes abiertos por las afirmaciones de Craddock —pero que obliga a abandonar necesariamente la datación propuestas por Craddock para el Fuero Real—, pueden plantearse otras objeciones a esta equiparación entre el libro mencionado en las Cortes de Zamora de 1274 y el Espéculo, sin mencionar ahora el valor que debe darse a esa afirmación de que ese libro «fue fecho por corte en Palencia», que ese libro fue aprobado en Palencia, que el Espéculo, en definitiva, tal como dicen Craddock y Martínez Díez fue aprobado en Palencia ¹⁹.

Volvamos de nuevo al ordenamiento de Cortes de Zamora de 1274 ²⁰. Como he señalado ya en otra ocasión, la alusión a los selladores no encuentra un reflejo fiel en *E. 4,13,4*, pues ni el capítulo 40 de las Cortes de Zamora indica lo que deben tomar los selladores ni la pena establecida para los transgresores de la tasa —pena del duplo y multa de 50 maravedíes para el rey— en este capítulo 40 coincide con la establecida en *E. 4,13,4*: «e ssi mas tomares de lo que en esta ley manda que gello escarmiente el rrey ssegunt touiere por derecho». Y esta misma falta de coincidencia en la regulación, que impide una certeza completa, se encuentra en la mención de los escribanos que, por analogía, debe entenderse de los escribanos de la cancillería, a los que alude el Espéculo ²¹.

Como he reconocido ya en otra ocasión, el ordenamiento de Zamora de 1274 pudo modificar la regulación contenida en el Espéculo, pero mientras no se demuestre este hecho, la única razón que existe para identificar el libro mencionado en el citado Ordenamiento y el Espéculo radica en el hecho de regular este último texto la tasa de los derechos de los escribanos y de los selladores de la cancillería y de las villas. Aceptar esta equiparación en base a este simple hecho significa reconocer necesariamente que el Espéculo fue una obra perfecta, promulgada oficialmente y que estaba por ello vigente.

¹⁹ Vid. infra

²⁰ Vid supra n 3.

²¹ Vid *E. 4,12,52 ss.*, no es necesario señalar diferencias

Los otros testimonios indudables de empleo de textos que hoy conocemos como formando parte del *Espéculo* no lo muestran, sin embargo, como un texto legal vigente; el caso más claro es la sentencia de Compostela de 1261, donde no se resuelve la cuestión invocando un texto legislativo vigente, como sería el *Espéculo*, sino que la cuestión se resuelve estableciendo el monarca una regulación, que tiene su fuente inspiradora en lo que hoy conocemos bajo el nombre de *Espéculo*. Y esto no lo digo yo sólo; ahora también el mismo P. Gonzalo reconoce que «a favor del carácter truncado y fallido del *Espéculo*, como obra que no alcanzó a ver su fin nos inclinan las siguientes razones:... 2) la vigencia de los textos del *Espéculo*, en cuanto nos es posible vislumbrarla a través de la documentación del siglo XIII, de hecho no va más allá de los oficiales de la corte o de disposiciones emanadas de la misma corte que transcriben leyes del *Espéculo* sin citarlas ni remitirse al libro mismo como si éste nunca se hubiera publicado ni remitido a las villas», incluyendo dentro de estos casos no sólo el ordenamiento enviado a Valladolid en 1258, la regulación de las usuras de 1260 y la sentencia ya citada de 1261, sino también «la reclamación de las Cortes de Zamora de 1274 atañente a los selladores de la chancillería regia»²².

Vengo afirmando reiteradamente que el término libro puede aludir al *Espéculo*, pero también que puede aludir a un ordenamiento, arancel o cuaderno; además, subrayo que a favor de la identificación con el *Espéculo* del libro mencionado en el Ordenamiento de Zamora habla únicamente la existencia en el mismo de una regulación de la tasa de los selladores, pero que contra esa posibilidad habla de un lado las diferencias en la regulación y de otro que los restantes testimonios que se conocen del empleo de textos que hoy conocemos como formando parte del *Espéculo* muestran que este texto no estaba vigente.

Yo no emplearía el término inverosímil, ya que encierra un juicio puramente subjetivo y lo que se discute es el valor atribuible a las distintas pruebas aportadas. Se discute:

- a) Si Alfonso X aplica el término libro únicamente a textos

²² «Leyes» cit 34-35 Téngase presente que el P Gonzalo acepta que el *Espéculo* no fue terminado Vid infra n. 41

donde se reúnen muchas hojas —digamos 50, 100, 200, etc.—, cosidas por su margen izquierdo o lo aplica también a un conjunto de pocas hojas —digamos 10, 20, etc.— cosidas por su margen izquierdo; si nos fijamos en las ediciones actuales veremos que al menos en un caso, Alfonso X califica de libro un conjunto de 22 páginas y que en otra ocasión reconoce que se le había solicitado un libro, que concede como cuaderno, que aparece impreso hoy en 17 páginas.

b) Si es suficiente la existencia en el *Espéculo* de una tasa de los derechos de los selladores para tener que concluir sin más que al mismo se refiere el mencionado capítulo 40 de las Cortes de Zamora de 1274; aludir sin más a la tasa de las usuras, pongamos por ejemplo harto conocido, no permite una clara identificación del texto legal invocado. Es suficiente recordar aquí los datos y las afirmaciones de Zurita Nieto, comentando un documento del 7 de diciembre de 1254, donde aparece la cláusula «a razon de tres por quatro, assi quemo manda el Rey»²³. Tras señalar que esta tasa de las usuras aparece en una pragmática de 10 de marzo de 1253 de Alfonso X y fue recogida después en Fuero Real 4,2,6, añade Zurita Nieto: «En las Cortes de Valladolid de 1258, se renovaba lo dispuesto en la Pragmática, consignándose lo mismo en las *Leyes Nuevas* (...) y hasta 1268 que las Cortes de Jerez redujeron la tasa al cuatro por cinco, ó sea al 25 por 100, siguió en uso de la ley del Fuero...», para concluir que la mención realizada en el documento no puede referirse al Fuero Real —todavía no publicado—, sino a la mencionada carta pragmática²⁴.

Pretendo con estas afirmaciones subrayar que de la misma manera que Alfonso X volvió sobre la tasa de las usuras en diferentes ocasiones es posible que volviera sobre la tasa de los derechos de escribanos y selladores, sea para confirmarla sea para modificarla. No desconozco que la tasa de las usuras tiene a su favor una tradición textual, pero, como señalé ya y reiteraré ahora, también la tiene la tasa de los derechos de los escribanos.

Pero aquí no se discute ahora la existencia o no de pruebas do-

²³ MAÑUECO VILLALOBOS-ZURITA NIETO, *Documentos de la Iglesia .. de Valladolid Siglo XIII (1201-1280)*, 48 (7-XII-1254), 264

²⁴ MAÑUECO VILLALOBOS-ZURITA NIETO, *Documentos* cit 268-269.

cumentales, sino la posibilidad de una legislación reiterada en materia de tasas de los derechos de los escribanos y selladores. Y no necesita mayores pruebas la afirmación de que al monarca castellano le preocupó tasar el valor de las cosas y de los servicios y reiteradamente se ocupó de esta materia. De que sea posible que reiteradamente se ocupara de esta materia no concluyo que se haya ocupado reiteradamente, pero subrayo que el hecho de haberse conservado una tasa de los derechos de los selladores en el *Espéculo* no es razón suficiente para tener que reconocer que el *Espéculo* es necesariamente el libro mencionado en las Cortes de Zamora de 1274, el único libro que recogía la tasa de los derechos de los selladores existente en 1255.

c) Si la vinculación del libro al año en que Alfonso X armó caballero a don Eduardo, que permite la exclusión de las *Partidas*, es razón suficiente para afirmar, sin más, que ese libro haya tenido que ser necesariamente el *Espéculo*.

Creo que el término inverosímil no es el más apropiado para calificar a ninguna de las dos posiciones enfrentadas: a) el libro que regulaba la tasa de los derechos de los selladores era el *Espéculo*; b) el libro que regulaba la tasa de los derechos de los selladores era un arancel —estuviese o no contenido en un ordenamiento de cortes o en un cuaderno de Cortes, se incorporase o no al *Espéculo*—. Y no me parece apropiado un tal adjetivo, ya que lo que se discute son hechos que pudieron suceder, pero cuya prueba es harto difícil. Y es esta ausencia de una prueba plena lo que obliga a examinar atentamente las consecuencias que se derivan de las afirmaciones realizadas en torno a la identificación del libro mencionado en las Cortes de Zamora de 1274.

Pero no sólo se deben valorar estas posibles consecuencias; deben tenerse también claramente presentes las ideas fundamentales sobre las que se construyen las diversas hipótesis. Escribía recientemente: «O aceptamos lo que nos dice el prólogo del *Espéculo* y afirmamos entonces que éste fue terminado o rechazamos las afirmaciones de este prólogo y entonces no hay elemento alguno que nos permita afirmar que el *Espéculo* fuese una obra terminada. El único dato que permitiría afirmar la terminación del *Espéculo* sería la noticia ofrecida por las Cortes de Zamora de 1274, pero toda su fuerza deriva de la creencia en el prólogo del *Espéculo*; es decir, de la creencia de que el *Espéculo* había sido

realmente terminado y promulgado»²⁵. Dicho con otras palabras: existen muy pocos datos para identificar ese libro que se menciona en las Cortes de Zamora de 1274 y hoy parece tan lícito identificarlo con el *Espéculo* como con un arancel de escribanos y selladores.

Puede afirmarse que hay más datos a favor de la identificación del libro mencionado en 1274 con el *Espéculo* que, a favor de la identificación con un arancel, sea que éste aparezca suelto, sea que se incluya en un ordenamiento, sea que se incluya en un cuaderno de cortes, pero la identificación entre el mencionado libro y el *Espéculo* deja al aire problemas que no han sido resueltos por los historiadores y uno puede afirmar entonces que tales problemas no pueden encontrar solución al haberse identificado apresuradamente el libro mencionado en las Cortes de Zamora de 1274 con el *Espéculo*.

Si no es inverosímil la existencia de un tal arancel, ¿es inverosímil que ese libro mencionado en el Ordenamiento de Zamora pueda referirse a un ordenamiento, arancel o cuaderno? Las afirmaciones del P. Gonzalo en torno a la extensión del Ordenamiento de Jerez de 1268 son un puro juego de palabras. Hay un hecho cierto: Alfonso X califica de libro un texto impreso de 22 páginas y afirma que le solicitaron un libro, al que califica de cuaderno, al conceder la solicitud, que impreso tiene hoy 17 páginas. Como he ya recordado, es evidente que mientras no se encuentre ese arancel resulta más cómodo identificar el libro mencionado en 1274 con el *Espéculo*, pero este hecho no significa, como pretende el P. Gonzalo, que un tal arancel carezca «de cualquier apoyo documental». Si la mención del ordenamiento de Zamora de 1274 no se refiere al *Espéculo*, y puede no referirse, es evidente entonces que tendríamos un apoyo documental para un tal arancel o, para dejarlo en la indeterminación más adecuada, para un libro del rey donde se recogía una regulación de la tasa de los derechos de los selladores. Y no se trata de una «boutade»; se trata de subrayar simplemente que la identificación propuesta es una hipótesis, que puede servir para testimoniar la vigencia del Es-

²⁵ Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «La labor legislativa de Alfonso X el Sabio», en *España y Europa Un pasado jurídico común* (Murcia, 1986), 453-454.

péculo, pero puede servir también, si se rechaza aquella identificación, para testimoniar la existencia de un arancel, que regulaba los derechos de escribanos y selladores. Todos aquellos que defienden la identificación entre el libro mencionado en el capítulo 40 de las Cortes de Zamora y el Espéculo guardan silencio, sin embargo, sobre un hecho sorprendente: si el Espéculo fue realmente promulgado en 1255 y realmente —tal como sostiene Craddock— las Partidas fueron promulgadas en 1265, debería concluirse que el Espéculo estaba ya derogado en 1274; la tasa aplicable sería, en todo caso, la recogida en las Partidas.

Ya sé que se dice que la fecha atribuida al libro hecho por corte en Palencia excluye a Partidas, pero tal exclusión no conduce necesariamente a Espéculo, pues éste habría sido sustituido —así, por ejemplo, para Craddock— por las Partidas terminadas en 1265. Y teniendo en cuenta que la regulación de *E. 4,13,4* coincide con la de *P. 3,20,5*, habría que explicar por qué Alfonso X invoca en 1274 el Espéculo, máxime cuando el capítulo 40 no permite una identificación sin dudas.

He ya indicado alguna vez que el Fuero Real alude a escribanos y selladores y no hay razón alguna para negar que no se sintiera la necesidad de establecer una tasa de sus servicios. Pero hay otros elementos que permiten afirmar la existencia de un tal arancel. No es necesario recordar la preocupación de Alfonso X, manifestada en diferentes ordenamientos²⁶ por tasar el precio de las cosas y de los servicios; García Ramila llega a calificar el ordenamiento de 1252 de ley de tasas²⁷. Dentro de este contexto no me parece no sólo inverosímil, ni siquiera improbable que Alfonso X hubiera dado un arancel tasando los derechos de escribanos y selladores. Hasta ahora se mencionan sólo los aranceles que están en el Espéculo y en las Partidas, pero este hecho no hace inverosímil aquella posibilidad; esta calificación de inverosímil puede impresionar, pero es pura adjetivación y puede también conducir a afirmar que es inverosímil que en el año en que se armó caballero a don Eduardo pudiera terminarse el Espéculo, pues fue el año en que se terminó el Fuero Real: ambos hechos pueden ser sorprendentes, pero no inverosímiles.

²⁶ Es suficiente repasar los ordenamientos publicados.

²⁷ Vid. *supra* n. 15

También preciso: de esa posibilidad no deduzco que haya existido ese arancel tantas veces citado. Aquí no discuto si ha existido o no realmente, sino simplemente muestro que no es inverosímil que haya podido existir.

¿Si no se hace la identificación entre el libro mencionado en las Cortes de Zamora de 1274 y el *Espéculo* donde está el apoyo documental para fijar la redacción del *Espéculo* en 1255? Puede ser una pregunta meramente retórica, pero sirve para testimoniar que el apoyo documental para fijar la fecha del *Espéculo* es tan discutible como el apoyo documental para afirmar la existencia de un arancel.

En *E. 4,12* se encuentra la regulación de la actividad y el arancel de los escribanos de la cancillería y de las ciudades y villas y en *E. 4,13* la regulación de la actividad y el arancel de los selladores de la cancillería y de las ciudades y villas. En mi trabajo de 1982 señalaba que si el *Fuero Real* mencionaba los selladores —y los escribanos— no parecería descaminado pensar que existiría también un arancel de sus derechos, aunque no se recogiera en *Fuero Real*. Citaba así una nota sobre la tasa de los derechos que corresponde a los escribanos de las cartas de los judíos, mencionada en un documento de 1257 dirigido al concejo de Sepúlveda y dado a su petición. Afirmaba igualmente que había pruebas de la existencia de un arancel para notarios y escribanos, recogido en un *Ordenamiento* de Alfonso X, mencionado en *ordenamientos* posteriores²⁸ y sobre estas últimas menciones he vuelto en 1986²⁹. Remitiéndome a este último trabajo, me limitaré aquí a reproducir las menciones de 1257 y 1325 y el texto de *E. 4,12,60*.

«E mandamos que el escrivano de conceio faga las cartas de los judios, assi commo dize la nuestra nota quel diemos, seellada con nuestro seello, e mayor pena non ponga en ninguna carta, e si la pusiere, non vala. E si la carta fuere de cosa que vala mill maravedís o dent arriba, reciba por su escriptura dos sueldos de burgaleses e non más; et si fuere de cosa que vala de mill maravedís ayuso fasta en cient maravedís, reciba un sueldo de burgaleses; e de cient maravedís ayuso, reciba seis dineros burgaleses, e otrossí re-

²⁸ IGLESIA FERREIRÓS, «Fuero» cit 161, n 210 y 210 bis

²⁹ IGLESIA FERREIRÓS, «La labor» cit 402 ss.

ciba a esta razón por las cartas que fiziere de las robras, e de las cartas que fizieren sobre mandas o sobre pleitos de casamientos o de paraciones, reciba por la carta tres sueldos de burgaleses»³⁰.

«e que los escriuanos e los notarios que tomen de las escrituras que ffizieron, segunt manda el ordenamiento que ffizo el Rey don Alfonso mio bisauuelo, que es este: Si carta ffuere que uala mill marauedis arriba, aya el escriuano por ssu escritura dos ssueldos de burgaleses, e si valiere de mill marauedis ayuso fasta cient marauedis, rreçiba un ssueldo de burgaleses; e de çinquenta marauedis ayuso, rreçiba sseys dineros; e de las cartas que ffizieren sobre mandas o sobre pleytos de casamientos o de particiones, rreçiba por la carta tres ssueldos, e de las cartas que ffizieron judios con christianos, lieue la meitad desto que ssobredicho es: e silos escriuanos mas quisieren leuar, que gelo non consientan las justicias de los lugares»³¹.

«Reçebir deuen gualardón los escriuanos de las çibdades e de las villas por el trabajo que leuaren en ffazer las cartas. Onde dezimos que quando alguno dellos ffiziere carta de cosa que vala de mill marauedis arriba, que deue auer de aquel a qui la carta ffeziere quatro ssueldos; e ssi ffuere la carta de mill marauedis en ayusso ffasta çiento, quel den por ella dos ssueldos; e den (sic) çiento marauedis en ayusso, ssobre mandas o ssobre pleitos de casamientos o de particiones o de afforamientos, que aya por cada vna dellas sseys sueldos. E por la carta que ffezieren a los iudíos sobre las debdas que les deuieren algunos, tomen de cada vna dellas de mill marauedis arriba o de mill marauedis ayusso la meitad de lo que diximos de ssuso de las cartas de los christianos. Mas ssi fezzieren cartas de vendidas o de compras o de las otras que diximos de ssuso a iudios o a moros, den por cada vna dellas tanto commo los christianos. E lo que diximos en este titulo que deuen pagar por los priuillegios e por todas las otras cartas, dezimos que deuen sser de la moneda mejor que corriere en la tierra que non ssea de oro nin de plata»³².

No pretendo identificar aquí algunos de estos aranceles con el libro mencionado en las Cortes de Zamora, pues es posible que hayan existido otros. El testimonio de 1257 y el de 1325 parecen

³⁰ Emilio SAEZ, *Colección diplomática de Sepúlveda*, I (Segovia, 1956), 7 (16-X-1257 Martes Burgos), 17; ya en su edición de *Los Fueros de Sepúlveda* (Segovia, 1953), 193-195.

³¹ *CARLYC* I, 45 (Valladolid, 1325), 14, p. 377.

³² Según la edición mencionada en n.º 1

coincidir, si se corrige en el último 50 por 100, pero en este testimonio de 1325 se indica que la tasa de los escribanos se reduce a la mitad cuando hagan cartas entre cristianos y judíos y la tasa que se establece en 1257 se refiere a los derechos de los escribanos que escriban cartas a los judíos; si multiplicamos entonces esta última tasa de 1257 por dos, nos encontraríamos que la tasa del documento de 1257 coincide con la establecida en *E. 4,12,60* —pero el Espéculo no habla de sueldos burgaleses—, donde también se reduce a la mitad la tasa de los derechos de los escribanos, pero sólo si redactan las cartas de deudas de los judíos. Me limito aquí a señalar la prueba documental de la existencia de esos aranceles, independientemente del conservado en el Espéculo, y a subrayar que en 1257 se habla de «la nuestra nota...» y en 1325 de «ordenamiento...»; si esta última mención podría hacer dudar de la equiparación, pues el libro citado en las Cortes de 1274 no fue aprobado por las Cortes, la mención de «nuestra nota» muestra claramente el origen regio del arancel mencionado en 1257, cuya fecha no puede fijarse. Ninguna de las denominaciones empleadas permite una identificación clara con el libro mencionado en 1274, pero ambas menciones, y en especial la de 1257, pues es de difícil datación la de 1325, muestran que el arancel del Espéculo no estaba vigente o, para ser más exacto, que el Espéculo no era —al menos ya— un texto legal vigente, pues no se menciona como tal en 1257, fecha en la que se alude a una nota de fecha indeterminada, pero anterior en todo caso al documento de 1257 en el que se menciona, y donde además se subraya por parte de Alfonso X lo siguiente: «E mandamos que todas estas sobredichas sean tenudas e guardadas fasta que les demos el fuero porque sepan como an de fazer sobresto o sobre las otras cosas». Esta afirmación es realmente curiosa —se promete un fuero nuevo— si se hubiera realmente promulgado en 1255 el Espéculo. Y únicamente cabe recordar aquí que esta promesa de dar un fuero nuevo surge con una cierta frecuencia en una determinada documentación alfonsina.

¿Es inverosímil que se haya perdido «algún libro de disposiciones normativas»? Recordaré que de la regulación de las usuras de los préstamos a judíos y moros, amén de las ya mencionadas cartas de 1260 se conoce la regulación contenida en las Cortes de Jerez de 1268, en el Espéculo y en las Partidas, pero tam-

bién se conoce la regulación contenida en un ordenamiento de Alfonso X, que se conoce únicamente a través del ordenamiento de Valladolid de 1293; hoy debo concluir como concluía Baer hace ya años: no se conoce su transmisión por otro texto y no se puede datar ³³. ¿Es inverosímil pues que haya existido ese ordenamiento porque no se ha conservado? Y recordaré además que en este ordenamiento citado de segunda mano se menciona «el libro de las posturas» para señalar que los judíos juren en su sinagoga el juramento que el monarca mandó en el mencionado libro. Ya se sabe que este juramento aparece recogido en el *Espéculo* y en *Partidas* —y en las leyes de 1260—, pero también aparece recogido en el ordenamiento de Jerez de 1268 —capítulo 46 para el juramento de los judíos— y como se sabe ya este ordenamiento de Jerez aparece calificado de libro y en su capítulo 49 se indica que «para fazer guardar todas estas cosas e posturas» ³⁴.

Tenemos en conclusión que Alfonso X califica de libro al menos una vez a un su ordenamiento, que impreso no sobrepasa las 22 páginas, y que es autor de aranceles que tasan los derechos de los escribanos —es cierto, no se mencionan los selladores, pero selladores y escribanos van juntos en las Cortes de Zamora de 1274 que consideran a aquéllos un tipo de éstos, aunque la mención del libro se vincula más claramente a los selladores, y selladores y escribanos tienen en el *Espéculo* una regulación, aunque en títulos diferentes—, datos que quizá no deberían dejarse a un lado calificando o de inverosímil la existencia de un tal arancel o afirmando que la gran extensión del ordenamiento de Jerez le hace merecedor del nombre de libro.

No hay duda de que estas características apuntadas de la actual historiografía pueden encontrar su origen en un autoconvencimiento pleno, nacido de esa recuperación del pasado originada por el recuerdo de la visión del pasado contemplado en otro tiempo y puede verse estimuladas por el descrédito en que ha caído la escolástica y el método silogístico, que si no permitía establecer grandes novedades, evitaba al menos el dar saltos en el vacío mediante una rigurosa concatenación de razonamientos.

³³ Vid IGLESIA FERREIRÓS, «La labor» cit 406

³⁴ CARLYC I, 14 (1268), 84-85

Craddock, dando fe plena al prólogo del *Espéculo*, lo que le permite identificar el libro hecho por corte en Palencia, citado en las Cortes de Zamora de 1274 con el *Espéculo* por las razones ya aducidas, y a las fechas que aparecen en los manuscritos del *Fuero Real* y de las *Partidas*, puede concluir que «para gobernar sus reinos formó Alfonso X el cuerpo literario mejor fechado de todo el Medioevo español el *Espéculo* «fecho» el 5 de mayo de 1255, el *Fuero Real* terminado el 25 de agosto de 1255, las *Partidas* compuestas entre el 23 de junio de 1256 y el 28 de agosto de 1265, refundidas a partir de 1272 y en cierto punto falsificadas hacia 1290»³⁵. No voy a repetir aquí las objeciones que caben hacer a este planteamiento y que sintéticamente han quedado ya recogidas. Simplemente me interesa subrayar ahora que la teoría de Craddock puede ser objeto de muchas críticas y deja sin explicar muchos puntos, pero es coherente, sobre todo teniendo en cuenta que para Craddock las obras legislativas de Alfonso X se reducen en definitiva a obras literarias —«el cuerpo literario mejor fechado de todo el Medioevo»— por lo que puede prescindir de los problemas jurídicos como de nimiedades.

Por mi parte he señalado, sin dar mayor valor a las fechas, que la concesión realizada en favor de Aguilar de Campóo en marzo de 1255 es de difícil interpretación, pero que vinculada esta concesión con la realizada en favor de Sahagún y con otros datos ya mencionados, mostraría que en marzo de 1255 estaría ya redactado el *Fuero Real*. Como afirmé hace poco, «no tengo dato alguno para fechar el *Espéculo*, pero por su contenido y si se admite la interpretación dada a la política legislativa alfonsina la redacción del *Espéculo* debe colocarse en los primeros años de la monarquía de Alfonso X. Puede así pensarse que se iniciaran paralelamente *Fuero Real* y *Espéculo*, pero que la redacción de aquél terminó antes, dada su menor envergadura y la urgente necesidad de su aparición, pues además, prepara el camino para que el *Espéculo* pudiese alcanzar su finalidad, unificar jurídicamente todo el reino»³⁶.

Pero en estas afirmaciones hay únicamente el reflejo de una

³⁵ Jerry R. CRADDOCK, «La cronología de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio», en *AHDE*, 51 (1981), 418.

³⁶ IGLESIA FERREIRÓS, «La tarea», cit 455

constatación: el derecho recogido en el *Espéculo* parece representar un estadio intermedio entre el derecho recogido en el *Fuero Real* y el derecho recogido en las *Partidas*. Esta constatación no conduce necesariamente a afirmar que el *Espéculo* se inició más tarde que el *Fuero Real*, pues la mayor renovación de su derecho puede deberse también a su más lenta redacción. No sabría decir cuál de estos dos textos se inició antes, pues si dentro del contexto de la política legislativa alfonsina por mí trazada, parece más lógica la secuencia: *Fuero Real*, *Espéculo*, *Partidas*, sin embargo también es posible pensar que habiendo Alfonso X acometido la tarea de realizar el *Espéculo*, al darse cuenta de las dificultades que su realización conllevaba, decidiera hacer una obra más breve y menos novedosa, el *Fuero Real*, para así iniciar de forma urgente la realización de su política y poder así realizar de forma más pausada el *Espéculo*.

En definitiva en el estado actual de nuestros conocimientos es imposible señalar el momento en que se comenzó a redactar el *Espéculo* —o el *Fuero Real*—: o bien antes —cosa menos probable por las hipótesis avanzadas— o bien al mismo tiempo o bien después de iniciada la redacción del *Fuero Real* se debió acometer la realización del *Espéculo*, tarea que fue interrumpida para acometer el 23 de junio de 1256 la redacción de las *Partidas*.

Dadas las similitudes entre el *Espéculo* y las *Partidas* en torno al ámbito de vigencia la única explicación que encuentro a este cambio en el proyecto inicial, que lleva al brusco abandono de la redacción del *Espéculo* —si uno no quiere acudir a esas grandes explicaciones, que explican todo, pero que nada explican, pues ellas mismas están necesitadas de explicación, pero que por eso mismo tienen tanto éxito entre los creyentes y se convierten así en dogmas de fe— está vinculada a los sucesos que tienen lugar durante los primeros meses del 1256 y que podemos sintetizar en el «*fecho del imperio*», pues al mismo se vincula el inicio de las *Partidas*, lo que conduciría a modificaciones en el contenido del derecho recogido. El *fecho del imperio* supone así la interrupción del *Espéculo* y su abandono y el inicio de las *Partidas* en la fecha ya citada. No voy a insistir en las razones que me inducen a pensar que el *Espéculo* es una obra fallida; quiero subrayar que es esta no terminación del *Espéculo*, a partir de la admisión de que su redacción se debió comenzar en los primeros años

del reinado de Alfonso X, la que me induce a dar una importancia especial al «fecho del Imperio» en el abandono del *Espéculo* y en el inicio de las *Partidas*. Me reenvío a los datos aportados por Ballesteros: el 18 de marzo de 1256 se firmaban en Soria los documentos en los que la ciudad de Pisa elige a Alfonso X como rey de los romanos y emperador y el 23 de junio de 1256 se comenzaron las *Partidas*. Como concluye Ballesteros, criticando la parcialidad de la *Crónica de Alfonso X*: «Nada extraordinario había ocurrido para el cronista, que reputa asuntos de poca monta la paz con Aragón, la embajada de Pisa y el comienzo de las *Partidas*»³⁷.

Por el momento creo que este modelo interpretativo da solución a los problemas planteados, sin dejar ninguno pendiente, y además es coherente. El *Fuero Real* se dio para aquellas tierras que no tenían *fuero regio*: Castilla y las Extremaduras, lográndose así un primer paso en la unificación jurídica, pues si bien no todos los naturales del rey quedaron sometidos a un *fuero del rey*, todos ellos estaban sometidos a un *fuero del rey*; se reivindica el monopolio legislativo en favor del monarca y se inicia la recepción del derecho común. Con el *Espéculo* se pretendía consolidar el monopolio legislativo *regio*, someter a todos sus naturales que vivían en las tierras del rey a un mismo derecho: el derecho del rey contenido en el *Espéculo*, y se avanzaba en la recepción del derecho común. Y no parece innecesario repetir y subrayar que *Fuero Real* inicia la Recepción, tal como mostraría la regulación del proceso en el mismo contenida, y que *Espéculo* continúa y avanza en ese camino de renovación del derecho en base a la Recepción, como también mostraría la regulación del proceso contenida en el mismo. Abandonado este proyecto —el *Espéculo*— se realizaron por Alfonso X las *Partidas* que consolidaban el monopolio legislativo del monarca, unificaban a todos los naturales de sus tierras bajo un único derecho: el contenido en las *Partidas*, y realizaban la plena recepción del derecho común.

He señalado que causa de las dos notas apuntadas —adjetivación e indeterminación— es la autoconvicción arraigada en la

³⁷ ANTONIO BALLESTEROS Y BERETTA, *Alfonso X el Sabio* (Murcia, 1963), 154 ss. Frase en p. 168

exactitud de los resultados de la propia tarea investigadora, que puede ser así elevada a una nueva característica de una parte de la historiografía jurídica actual. Esta última característica —propia de una actividad investigadora que parece moverse en el campo de la intuición, dando así lugar a una historia del derecho que me atrevería a calificar con un afán puramente descriptivo, de impresionista explica a mi entender muchos malos entendidos. El historiador parece moverse por sus impresiones subjetivas, intuendo de esta forma los fundamentos claves sobre los que construir su interpretación. Pero el establecimiento de este modelo interpretativo no es resultado de una argumentación lógica, sino de una reminiscencia: no se trata de afirmar que estamos ante una actividad irracional, sino simplemente de subrayar que estamos ante una actividad dirigida al conocimiento del derecho del pasado que no observa las reglas de la deducción lógica. Este hecho explica de un lado la dificultad para descubrir en los trabajos históricos así caracterizados los nexos que permitan llegar desde los datos establecidos a las conclusiones alcanzadas, pero al mismo tiempo explica de otro lado la insensibilidad de los representantes de esta dirección así caracterizada ante los argumentos de quienes defienden posiciones distintas. Existe así una especie de incomunicación antonioniana entre historiadores que recuperan el pasado al ser excitada su memoria por los datos históricos y recordar así la visión tenida e historiadores del derecho que tratan de recuperar el pasado a través de tanteos interpretativos a partir de los datos históricos.

Atribuyo a esta incomunicación la afirmación del profesor Martínez Díez sobre mi posición:

«Con ciertas dudas, pues la expresión *su libro* con referencia al rey pudiera aplicarse, según el citado Profesor, a un desconocido cuaderno de tasas o arancel, parece admitir la aprobación del Espéculo durante la estancia de Alfonso X en Palencia entre el 2 de mayo y el 22 de junio de 1255; pero al mismo tiempo rechaza enérgicamente el intento de Craddock de vincularlo a la data exacta del 5 de junio (corríjase la errata de imprenta: 5 de mayo), ya que el Espéculo, según la noticia de las Cortes de Zamora de 1274, *fue fecho por corte en Palencia*, esto es, con el consejo de la corte ordinaria que acompañaba y asesoraba al monarca cotidianamente, y no en Cortes de Palencia, que no se celebraron ni el 5 de junio (de nue-

vo corrija la errata de imprenta: 5 de mayo), ni ningún otro día de la permanencia de Alfonso X en la ciudad del río Carrión. En resumen que el Espéculo pudo ser *fecho por corte en Palencia* cualquier día del año 1255 entre el 2 de mayo y el 22 de junio»³⁸.

No voy a recoger aquí afirmaciones mías sobre la posible fecha de redacción del Espéculo, que siempre se han movido en la máxima indeterminación, ya que no hay dato alguno —si no se acepta, como hago yo, la identificación del Espéculo con el libro mencionado en las Cortes de Zamora de 1274— que permita fijar cuándo se comenzó a redactar; tampoco necesito repetir aquí los argumentos que me han conducido a afirmar que la redacción del Espéculo, independientemente de las razones que hayan motivado una tal decisión, fue interrumpida para acometer una nueva obra, las Partidas; pero esta misma circunstancia —el abandono de la redacción del Espéculo— muestra que no puedo afirmar que fuera redactado y terminado en Palencia en el período mencionado. Debiera tenerse presente un hecho: me he rehusado siempre a identificar el libro que se menciona en las Cortes de Zamora de 1274 con el Espéculo —pues las pruebas aportadas me parecen insuficientes—, pero si no acepto una tal identificación, entonces no tengo ya base alguna para fijar el momento de redacción del Espéculo, ya que éste viene determinado por los autores que admiten una tal identificación por el año que casó don Eduardo, mientras el lugar viene determinado por la mención de Palencia; de esta manera Craddock pudo acudir el itinerario de Alfonso X y fijar la fecha probable de terminación del Espéculo, pues sólo en el período mencionado, durante el año determinado por el casamiento de don Eduardo, se encontró en Palencia Alfonso X.

Desde el momento en que rechazo tal identificación, es evidente que tal fijación temporal y local documentadas por el ordenamiento de Zamora de 1274 no tienen valor alguno para mí para fijar la fecha del Espéculo, pues no se las puedo atribuir a este texto. Además afirmo que el Espéculo es obra del rey, que no es aprobado por lo tanto en ninguna reunión de Cortes. La corte acompaña al monarca y por ello mismo el Espéculo —si hubiera

³⁸ «Leyes» cit., 25 cf. p. 27.

sido terminado— hubiera sido aprobado en cualquier momento por el monarca, que daría carácter de ley a lo hecho por su corte.

Pero es que yo además afirmo que el *Espéculo* no ha sido terminado nunca; el *Espéculo* se interrumpió y de mala manera por el fecho del imperio, una interrupción inesperada, lo que explica las características que presenta, como ya he indicado en otras ocasiones; el proyecto del *Espéculo* ni siquiera estaba perfilado plenamente, de aquí las dudas en torno a la ubicación de determinadas materias, que pueden aparecer ora en un libro ora en otro libro, y de aquí la indeterminación en la colocación de las materias más allá del libro V y, finalmente, la misma redacción de los títulos 13 y 14 del libro V del *Espéculo*, que muestra que el abandono fue inesperado: no se trata de que se perdieran las páginas finales del manuscrito ³⁹, sino que se interrumpió bruscamente la tarea que se estaba realizando, sin permitir la corrección de la misma, lo que acusa la estructura de los títulos finales mencionados.

Pero si el *Espéculo* es un texto fallido es, con terminología moderna, que puede ser sin embargo confusa, un proyecto de ley o, mejor todavía, un borrador de un proyecto de ley, o un anteproyecto, tiene que concluirse necesariamente que el *Espéculo* nunca fue aprobado y por ello es inútil plantearse el momento en el que *Espéculo* fue aprobado. Utilizo el término aprobado para reunir ahora los distintos requisitos que suelen mencionarse como necesarios para la vigencia de una ley: promulgación, sanción y publicación, requisitos vinculados históricamente a un determinado momento, por lo que difícilmente pueden trasladarse a cualquier época o lugar. Ahora bien, si queremos hablar de aprobación del *Espéculo* en tanto ley, entonces sería necesario que, independientemente de los requisitos que se pudieran exigir, el *Espéculo* hubiese sido una obra terminada: Alfonso X aprobaría la obra realizada por sus colaboradores, la mandaría aplicar y la enviaría a quienes deberían observarla. En resumidas cuentas, esto es lo que dice el prólogo del *Espéculo*, pero yo no creo que deban aceptarse estas afirmaciones del prólogo. El monarca se proponía hacer lo que allí manifiesta, si el *Espéculo* se hubiera terminado.

³⁹ Vid *infra*

No se trata ahora de discutir si el modelo interpretativo mío refleja o no lo ocurrido; se trata de examinar simplemente su coherencia interna lógica. Yo no sé cómo trabajarían los redactores del *Espéculo*: no tengo inconveniente alguno en aceptar que existieran comisiones encargadas de trabajos previos —reunir las fuentes—, las cuales, una vez realizado el trabajo encomendado, lo entregasen a otras comisiones, encargadas de redactar un primer texto, que sería presentado a Alfonso X, el cual aprobaría o desaprobaría el trabajo realizado. Advierto que todo esto es pura imaginación y sólo me sirve para subrayar que si las cosas hubieran sucedido así, esa aprobación de Alfonso X no significaría la aprobación del *Espéculo* como texto legal. Creo, equivocadamente o no, que Alfonso X nunca dio como ley del reino al *Espéculo*, independientemente de que en sede redaccional hubiera dado su aprobación a partes del mismo. Y precisamente por ello sólo puedo comprender que el P. Gonzalo me atribuya el estar dispuesto a admitir que se aprobó en el período mencionado como consecuencia de la incomunicación apuntada.

El P. Gonzalo afirma, por su parte, que «el *Espéculo* fue aprobado por corte en Palencia entre el 2 de mayo y el 22 de junio de 1255. Seguimos en esta afirmación a Martínez Marina y Craddock, mientras Aquilino Iglesia vacila un tanto respecto a la misma y García-Gallo se limita a datar el *Espéculo* entre 1255 y 1260», pasando a continuación a recoger la argumentación de Martínez Marina⁴⁰, pero también afirma que «nosotros, sin que hayamos logrado alcanzar una prueba apodíctica, hemos llegado a las mismas conclusiones que el profesor Iglesia; el *Espéculo* es una obra incompleta que nunca fue acabada, ni tampoco remitida a las villas del reino»⁴¹.

¿Qué quiere decir que el *Espéculo* fue aprobado por corte? Me parece, por lo que ya queda dicho, que el profesor Martínez Díez se mueve en una cierta indeterminación, cuyas consecuencias son mayores de las que presume. Para Martínez Marina como para Craddock el *Espéculo* fue promulgado, para Craddock incluso en Cortes solemnes celebradas el 5 de mayo de 1255, por lo que pue-

⁴⁰ «Leyes», cit. 27-28

⁴¹ «Leyes», cit. 33

den entonces estos autores identificar el Espéculo con el libro citado en las Cortes de Zamora de 1274, lo que al mismo tiempo, con efecto recíproco, permite confirmar la promulgación efectiva del Espéculo, al mencionarse como vigente en las Cortes de Zamora de 1274. Y esto es lo que les lleva a afirmar que el Espéculo es una obra terminada —por eso fue promulgada—, aunque no haya llegado completo hasta nosotros, aunque Martínez Marina es menos tajante que Craddock, ya que su esquema falla precisamente en el Espéculo.

Pero el P. Gonzalo afirma que el Espéculo fue aprobado por corte —¿es que la corte funciona como un consejo de ministros que aprueba los proyectos de ley que después se enviarán a las Cortes?—, que no se menciona como un texto oficial vigente en las Cortes de Zamora de 1274 y que el Espéculo no llegó a terminarse, recalcando, como también he hecho yo recientemente, el hecho que *E. 5,14* aparece incompleto⁴² y añadiendo —dato interesantísimo— que el copista del manuscrito fundamental, el ms. 10.123, «desde luego no conocía otro Espéculo más extenso, pues continuando en medio de folio y aun de columna el comienzo de un libro tras el final de otro, acaba la última ley transcrita hacia la mitad de una primera columna»⁴³. Si estos datos muestran que el Espéculo no sólo es una obra que ha sido dejada inacabada, sino además que ha sido abandonada precipitadamente en el estado en el que se encontraba, se comprenderá fácilmente que en cuanto jurista me resulte difícil interpretar lo que quiere decir el profesor Martínez Díez cuando afirma que el Espéculo fue aprobado por corte.

2. VICENTE ARIAS DE BALBOA Y JUAN ALFONSO DE BENAVENTE

En un reciente escrito programático publicado en 1985, el profesor Pérez Martín afirma:

«Sabemos de la existencia de unas glosas al Fuero Real de momento perdidas, que tienen por autor a un tal Bena. IGLESIA FERREI-

⁴² «Leyes», cit. 20.

⁴³ «Leyes», cit. 38-39

ROS, «Fuero de Albedrio» (supra n. 40), pp. 33-37 de la separata, ha tratado de identificarlo con Juan Alfonso de Benavente. Tal identificación cronológicamente es imposible ya que el autor en cuestión aparece ya citado en las de Arias de Balboa al Fuero Real en una fecha en que Juan Alfonso de Benavente probablemente no había nacido o era todavía un infante»⁴⁴.

Por el momento quisiera subrayar simplemente que el descubrimiento de las glosas al Fuero Real de Arias de Balboa era una primicia de Pérez Martín, que las estaba transcribiendo en ese año de 1985; se explica así que no diga cuándo las glosas mencionadas fueron redactadas; se limita a señalar Pérez Martín que lo fueron en una fecha en la que Juan Alfonso de Benavente no había nacido —probablemente— o todavía era un infante. Y no sé qué es lo que entiende por infante el profesor Pérez Martín, pues ya se sabe que los franceses califican de jóvenes a los cuarentones.

Pongamos un poco de orden y hagamos un poco de historia, ya que la seguridad de Pérez Martín en la exactitud de sus descubrimientos le hacen, a veces, simplificar en demasía las opiniones ajenas o prescindir de las mismas.

En el año 1982, en el homenaje al profesor Coing, publicó Pérez Martín un primer trabajo sobre Arias de Balboa, en el que, en resumen, venía a afirmar que las glosas al Fuero Real publicadas por Cerdá como de Arias de Balboa, no eran de este autor; que las verdaderas glosas de Arias de Balboa al Fuero Real estaban en paradero desconocido, aunque apuntaba que quizá debiera tomarse en consideración en base a las noticias de González Rojas, el ms. Z-I-5 del Monasterio del Escorial⁴⁵; que las glosas al ordenamiento de Briviesca y al Ordenamiento de Alcalá, que se conservan en diferentes manuscritos y que han sido impresas por Parix, que determinados autores atribuían a Arias de Balboa, no son de este autor, sino de Sánchez de Arévalo⁴⁶ y que, finalmente, las

⁴⁴ ANTONIO PÉREZ MARTÍN, «El Estudio de la Recepción del derecho común en España», en *I Seminario de Historia del Derecho y derecho privado Nuevas técnicas de Investigación* (Bellaterra, 1985), 284, n. 127

⁴⁵ ANTONIO PÉREZ MARTÍN, «Las glosas de Arias de Balboa al Ordenamiento de Alcalá. Su edición y estudio», en *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte Festg. H. Coing* (Frankfurt am Main, 1982), pp. 247-249

⁴⁶ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 249 y 250 ss.

verdaderas glosas al Ordenamiento de Alcalá de Arias de Balboa se encuentran en el Ms. 41-5 de la Biblioteca Capitular de Toledo y en el ms. Z.III.1 de la Biblioteca del Real Monasterio del Escorial: «Se trata de dos versiones a veces idénticas y a veces bastante distintas, sin dependencia directa mutua, sino procedentes ambas de un Ms. común actualmente desconocido.» Además, las «glosas están escritas en latín, mezclando algunas veces algunas frases o palabras en castellano»⁴⁷. Sobre los argumentos para atribuir la paternidad de estas glosas a Arias de Balboa volveré a continuación.

Al ocuparme de la labor de Alfonso X, sea en 1982, sea en 1983, habiendo podido manejar a última hora el trabajo de Pérez Martín de 1982, gracias a su amabilidad, anunciaba ya que el autor de unas glosas al Fuero Real, mencionadas en las glosas al Ordenamiento de Alcalá impresas, pero no en las glosas publicadas por Pérez Martín como propias de Arias de Balboa, debía identificarse con Juan Alfonso de Benavente y rechazaba, además, la autoría de Sánchez de Arévalo para las glosas al Ordenamiento de Alcalá publicadas en el incunable por Parix⁴⁸.

El trabajo publicado por mí en 1982 había sido terminado el 22 de abril de 1982, mientras el trabajo publicado en 1983, lo había sido el 29 de julio de 1982; algunos meses más tarde, el primero de octubre de 1982, rematé «Fuero de Alvedrio» que, como separata del homenaje a los profesores P. Merêa y G. Braga da Cruz, aparece impreso en Coimbra en 1983, aunque forme parte del vol. 58 del *BFDUC* de 1982, impreso en realidad en 1984⁴⁹. En este último trabajo, en el que califico de glosas B las que aparecen editadas en el incunable y de glosas A las editadas por Pérez Martín procedentes del ms. toledano rechazaba que este manuscrito contuviese las glosas de Arias de Balboa, como pretendía Pérez Martín⁵⁰, señalando que los argumentos aportados por

⁴⁷ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit 257.

⁴⁸ IGLESIA FERREIRÓS, «Fuero» cit , 184, n. 273 (vid. supra n 24). Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «Alfonso X Su labor legislativa y los historiadores», en *HID*, 9 (1983), 103

⁴⁹ Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «Fuero de Alvedrio», en *BFDUC*, 58 (1982) (= *Est. Merêa e G Braga da Cruz I*), pp. 545-621.

⁵⁰ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit 259 decía. «El autor de la mayoría de las glosas y quizás de todas es, sin duda alguna, Vicente Arias de Balboa. A esta afir-

este autor tenían un valor muy distinto: si los datos históricos ofrecidos por las glosas no contradecían la paternidad de Arias de Balboa, tampoco la probaban, y la autoridad de Burriel y Antolín no zanjaban, es evidente, la cuestión. El hecho de aparecer entre las glosas A dos firmadas por Arias de Balboa no obliga a atribuirle la paternidad de las restantes, pues también en las glosas B aparece una firmada por Arias de Balboa; finalmente, si las glosas B tenían, como quería Odriozola, una base original propia de Arias de Balboa, aunque modificada por su editor intelectual, entonces las relaciones entre las glosas A y B serían una cuestión a debatir ⁵¹.

Poniendo en forma catequística estas afirmaciones mías, quedarían así:

1. Odriozola no afirma que «Vicente Arias de Balboa es el único y verdadero autor de las glosas en cuestión, indicando que Montalvo se limitó simplemente a editarlas», tal como afirma Pérez Martín ⁵², pues Odriozola, aceptando en lo esencial ciertas afirmaciones de Fermín Caballero, señala sobre las glosas del incunable de Parix lo siguiente:

«Vicente Arias Balboa fue el autor de las Glosas y Alfonso Diaz de Montalvo desempeñó un triple papel como:

- a) Responsable de la iniciativa de imprimir las glosas de Arias.
- b) Editor del texto.
- c) Seguramente corrector y quizá adicionador del mismo» ⁵³.

mación nos mueven los siguientes argumentos: 1) algunas de las glosas aparecen expresamente firmadas con el nombre de Vicente Arias; 2) una gran parte de las glosas son recogidas en las que posteriormente se hicieron al mismo Ordenamiento y que hemos atribuido a Rodrigo Sánchez de Arévalo, muchas de estas glosas recogidas se atribuyen a Vicente Arias y coinciden literalmente con las que aquí estamos estudiando, 3) a Arias de Balboa atribuye Burriel las glosas contenidas en el ms. Toledano y Antolín las contenidas en el ms. escurialense, 4) por el contenido y fecha de composición de las glosas no hay ningún motivo por el que no deban atribuirse a Arias de Balboa, sino que más bien abogan por su atribución.»

⁵¹ IGLESIA FERREIRÓS, «Fuero», cit 582.

⁵² PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit 253.

⁵³ ANTONIO ODRIOZOLA, «El P. Sarmiento, Arias de Balboa y el primer libro impreso de autor gallego (1474?)», en *CEG*, XXVII fasc 81-82-83 (Santiago de Compostela, 1972), pp 272-294. Cf. IGLESIA FERREIRÓS, «Fuero», cit 580, en especial; n 149, para el alcance de esta participación.

2. Es posible, por lo tanto, que en las glosas editadas por Montalvo en el incunable de Parix existan glosas originarias de Arias: una glosa firmada por Arias sería un testimonio irrefutable dentro de los criterios de Pérez Martín.

3. El hecho de que aparezcan dos glosas firmadas por Arias en el ms. toledano no permite atribuir la misma paternidad al resto de las glosas; también en las glosas del incunable hay una firmada por Arias de Balboa y se rechaza, sin embargo, que sea autor de las restantes.

4. Las coincidencias y las diferencias entre las glosas A y B no pueden explicarse por ser las glosas B obra de otro autor, que conocía la obra de Arias de Balboa, y las glosas A las glosas de Arias de Balboa, pues si tiene razón Odriozola, las citadas coincidencias y diferencias pueden ser resultado de utilizar los redactores de A y B la obra original de Arias de Balboa, que no se conservaría, por lo tanto, ni en el ms. toledano editado por Pérez Martín ni en el incunable en su tenor original. Las coincidencias plenas entre el ms. toledano y el incunable testimoniarían que copian de una misma fuente —con seguridad en determinados casos de las glosas de Arias de Balboa, independientemente de si esa fuente es o no un mismo manuscrito—; las diferencias entre ambas glosas, A y B, podrían deberse a que uno sigue a Arias y el otro no, pero también podría deberse a que ambas glosas se separan del texto de Arias ⁵⁴.

Ante las diversas posibilidades de explicación que ofrecen estos hechos concluía: «Por todo ello a la espera de la edición del manuscrito escurialense de la glosa A, la tercera opción nos parece la más aceptable: los autores de las glosas A y B coinciden entre sí al haber utilizado independientemente las glosas realizadas por Arias de Balboa» ⁵⁵. Negaba además que el reelaborador de la glosa impresa pudiese ser Rodrigo Sánchez de Arévalo ⁵⁶ e intentaba demostrar la identidad entre Bena y Juan Alfonso de Benavente con los siguientes argumentos:

⁵⁴ El mismo Pérez Martín reconoce la existencia de coincidencias y diferencias entre el ms. toledano y el ms. escurialense y la edición cf. supra n. 47 e infra n. 61

⁵⁵ IGLESIA FERREIRÓS, «Fuero», cit 585.

⁵⁶ IGLESIA FERREIRÓS, «Fuero», cit 585.

1. La misma sigla de Bena/Vena.
2. Juan Alfonso de Benavente recoge una doctrina semejante a la que aparece en la glosa impresa sobre la aplicación del derecho castellano atribuida a Bena.
3. Juan Alfonso de Benavente actúa en una Salamanca del siglo XV, donde proliferan diversos juristas.
4. En la glosa impresa se menciona «Et doctor uenauentanus in repetitione sua solempnissima nullitatum», obra que es de Juan Alfonso de Benavente; a este *doctor uenauentanus* se le cita en otra ocasión como *vena*⁵⁷.

La teoría apuntada —las coincidencias entre la glosa editada y la glosa manuscrita de Toledo editada por Pérez Martín se explicarían por su común vinculación a la obra de Arias de Balboa y sus diferencias por una reelaboración independiente— aparece, creo yo, confirmada por la edición de las glosas contenidas en el manuscrito escurialense⁵⁸.

Pérez Martín opina que estas glosas escurialenses debieron redactarse entre 1390 y 1394, pues se citan las Cortes de Guadalajara de 1390 y se menciona a Pedro de Luna como legado y éste fue elegido papa en 1394⁵⁹. Las glosas se deben a dos manos di-

⁵⁷ IGLESIA FERREIRÓS, «Fuero», cit. 578-579.

⁵⁸ ANTONIO PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento de Alcalá (1348) y las glosas de Vicente Arias de Balboa», en *Ius Commune*, 11 (21984), p. 55 y ss.

⁵⁹ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 130. Aquí puede ser más preciso en la datación Pérez Martín que al editar las glosas del ms. toledano —PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 258— donde falta esta mención, pero esto plantea un problema: ¿la mención se encontraba o no en la fuente común? La última cita fechable en el ms. toledano son las Cortes de Segovia de julio de 1390 y de Guadalajara de abril del mismo año, mientras según Pérez Martín los autores más tardíos citados son Baldo, que muere en 1400, y Antonio de Butrio, que muere en 1408, que aparece citado una vez en la glosa 61 del ms. toledano. La glosa 142 del ms. Escurialense aparece firmada por Vicente Arias y recoge la mención del legado Luna; esta glosa coincide con la glosa 86 del ms. toledano y con la impresa fol 78 v^o («ningun el rey»), según indicaciones de Pérez Martín, pero en la glosa toledana no aparece la mención del legado ni la firma. La parte final de la glosa ms. escurialense 142 dice: «Facit ecciam constitutio legati de Luna que incipit "Et pro cura alienacionis abussum". Vicentius», frase que falta en ms. Toledo 86. La glosa impresa —Gl. Ningún el rey. OA. 42, 42 —ed. cit. 78 v^o=167 v^o— dice en esta parte: «Et quendam constitutionem quem super hoc edidit petrus de luna cardinalis hispaniae et quondam benedictus papa».

ferentes, de las que la segunda parece haber incorporado glosas al manuscrito sin examinar previamente si estaban o no ya recogidas en el mismo; de aquí algunas repeticiones. De las 125 glosas escurialenses —aquí se prescinde por Pérez Martín de las 19 adicionadas por segunda mano— 80 encuentran correspondencia en las glosas del ms. Toledano y 45 no; de las 144 glosas escurialenses —aquí Pérez Martín incluye también las 19 glosas adicionadas por la segunda mano, sin dar razón de este distinto comportamiento— 64 encuentran correspondencia en las glosas del incunable, las cuales «son manifiestamente posteriores a las escurialenses y son mucho más amplias: la parte que tiene correspondencia en las glosas escurialenses y en las toledanas representan sólo aproximadamente el 7 por 100 del conjunto de las mismas». Se inclina así Pérez Martín a pensar que el autor de las glosas del incunable utilizó un manuscrito distinto tanto del toledano como del escurialense, «ya que cita glosas de Arias de Balboa que no se contienen ni en el manuscrito escurialense, ni en el manuscrito toledano»⁶⁰. En el texto del trabajo, Pérez Martín afirma: «De un primer examen comparativo entre las glosas escurialenses, toledanas e incunables no aparece clara la dependencia textual entre las mismas; si éstas dependen de las toledanas o de las escurialenses o de una fuente común. Una edición crítica de todas las glosas conocidas del Ordenamiento de Alcalá nos aclararía seguramente las relaciones textuales de dependencia entre unas y otras»⁶¹. Podría así concluirse, quizá, que los mss. toledano, escurialense y el utilizado por el autor de las glosas del incunable son independientes entre sí, pero dependen todos ellos de la misma fuente común, como reconoce Pérez Martín al hablar de las relaciones entre el manuscrito toledano y el escurialense. Ahora bien, si ambos manuscritos proceden de una fuente común y presentan divergencias, sería necesario, creo yo, probar que esas divergencias derivan de no haberse copiado entero por estos manuscritos el manuscrito común, sino de forma selectiva y diferente, pues en otro caso tendría que concluirse que las diferencias entre los manuscritos son resultado de adiciones propias.

⁶⁰ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 131 y 132, n. 329 vid infra

⁶¹ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 131-132 y n. 329

Este hecho lo debió advertir Pérez Martín, cuando subraya que en el ms. toledano y en el incunable se encuentran glosas atribuidas a Arias de Balboa que no se encuentran en el manuscrito escurialense, por lo que trata de explicar este hecho con la siguiente argumentación, que tiene el defecto de no contar con prueba alguna en su favor. «La explicación podría ser la siguiente. Arias de Balboa no compuso su aparato de glosas de un tirón, sino en espacios de tiempo diversos, por etapas por así decirlo. Antes de que la composición del aparato llegara a su fase final se copió quizá en diversas ocasiones tal como entonces estaba. Estas copias posteriormente se completaron o bien acudiendo a un aparato del mismo autor más completo o independientemente por el usuario de la copia. Esto nos explicaría las coincidencias y variantes que existen entre las glosas escurialenses y toledanas y entre éstas y las incunables»^{61 bis}.

Como veremos, esta explicación arranca de una circunstancia—existencia de glosas de Arias de Balboa que no aparecen en todos los manuscritos y en el incunable— probablemente mal valorada, pero subraya la imposibilidad de rebatir los argumentos de Pérez Martín: las coincidencias entre los dos manuscritos se debe a contener ambos a dos la obra de Arias de Balboa, mientras las divergencias nacen de ofrecer estadios diferentes de la obra de Arias de Balboa.

Si uno quisiera tener razón frente a Pérez Martín se limitaría a señalar que si las glosas del ms. escurialense, del ms. toledano y del incunable (a prescindir de su identidad con las que se ofrecen en sus manuscritos todavía inéditos) proceden de una fuente común, dadas las diferencias existentes entre las mismas, como reconoce el mismo Pérez Martín, tendría que concluirse que estos tres textos reflejan con mayor o menor fidelidad las glosas al Ordenamiento de Alcalá de Arias de Balboa, pero ninguno de ellos contienen las mismas. Siempre se podría decir, sin embargo, que los mss. Toledano y Escurialense reflejan parcialmente las glosas de Arias de Balboa, al tener algunas propias. Debe precisarse, sin embargo, que cuando coinciden los manuscritos en las mismas glosas no siempre ofrecen textos idénticos. Tendría que concluir-

^{61 bis} PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 133-134, vid. infra.

se en buena lógica ante esta situación que ese modelo común tuvo que ser reelaborado más o menos profundamente por los autores de los manuscritos. Esta conclusión contradice, sin embargo, la atribución de Pérez Martín de las glosas de los manuscritos toledano y escurialense a Arias de Balboa, pero sería la única forma de explicar lógicamente las afirmaciones de Pérez Martín. Y no puede invocarse una redacción paulatina de la obra de Arias de Balboa, ya que si este manuscrito se fue enriqueciendo con el paso del tiempo, su utilización en momentos diferentes explicaría la no coincidencia en todas las glosas; ahora bien, si Arias de Balboa no sólo enriqueció su aparato, sino también lo modificó, sería necesario probar entonces que los mss. toledano y escurialense proceden de una misma fuente común —afirmación que hace Pérez Martín— y además que uno copió antes de las correcciones y otro después; y al mismo tiempo habría que invocar los testimonios derivados del incunable, cuando entren en contradicción con uno o con los dos manuscritos. En resumidas cuentas, Pérez Martín ha afirmado que Arias de Balboa ha realizado su obra por etapas y que los manuscritos escurialense y toledano reflejan etapas diferentes de esa obra, pero no lo ha probado.

La convicción de que las glosas de Arias de Balboa son las recogidas en los dos manuscritos citados está profundamente arraigada en Pérez Martín. «En el catálogo de Antolín las glosas aparecen atribuidas a Vicente Arias de Balboa. Lo mismo hace Buriel con respecto a las glosas toledanas. Esto aparece confirmado en el texto mismo de las glosas, ya que una veintena al menos de ellas aparecen expresamente atribuidas a Vicente Arias o en las glosas escurialenses, o en las toledanas o en las incunables. Por otra parte en el contenido de las glosas se encuentran similitudes sorprendentes con otras obras de Arias de Balboa. Por otra parte lo dicho al tratar del contenido y fecha de composición de las glosas se adecuaba perfectamente a Arias de Balboa de quien nos consta que era doctor en leyes en 1391»⁶². Y en nota aclara Pérez Martín que con «Vicentius» aparecen firmadas dos glosas escurialenses —primera mano— y cinco glosas escurialenses —segunda mano—; es decir, un total de siete glosas —dos de la pri-

⁶² PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 132.

mera y cinco de la segunda—; por «Vicentius Arie» aparecen firmadas dos glosas toledanas y en las del incunable aparecen firmadas «Vicentius» once glosas y «Vincentius Aria» cuatro glosas⁶³. Habría así un total de 24 glosas firmadas, pero en la edición de las glosas toledanas afirmaba Pérez Martín que en las glosas del incunable «se citan por lo menos 12 veces las glosas de Arias de Balboa»⁶⁴ y yo creo que es distinto que en una glosa se cite la opinión de un autor, lo que mostraría que el autor de la glosa no es la misma persona que el autor de la opinión que se recoge, que una glosa aparezca firmada por un autor, lo que podría demostrar —si la sigla es auténtica— que la glosa es obra de quien la firma. Como he ya indicado en otra ocasión⁶⁵, salvo error⁶⁶, sólo en un caso aparece en las glosas editadas en el incunable una firmada por Arias de Balboa; en otra ocasión el autor de la glosa reconoce que en su mayor parte procede de Arias de Balboa. Hubiera sido realmente extraño que siendo el argumento fundamental de Pérez Martín la existencia de glosas firmadas por Arias de Balboa, aquellas glosas donde aparece más veces la firma de Arias según Pérez Martín, fuesen precisamente aquellas —las del incunable— que Pérez Martín atribuye a otro autor, a Sánchez de Arévalo.

Una discusión sobre estas cuestiones no parece que pudiera llevar a ningún resultado firme, por la imprecisión de Pérez Martín. Hablando de las glosas contenidas en los mss. toledano y escurialense afirma que «se trata de dos versiones a veces idénticas

⁶³ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 132 n. 332. Cf., sin embargo, p. 133, n. 335, donde se dice «De las 17 glosas que en la incunable aparecen atribuidas a Arias de Balboa (cf. supra nota 332)». Cf. infra n. 90. Por precisión indico que de las glosas escurialenses (2.ª mano) citadas por Pérez Martín, en las que aparece la firma de Vicente Arias, la glosa núm. 95 no aparece firmada en la edición, como tampoco su coincidente núm. 97 (primera mano); la glosa núm. 96 (2.ª mano) aparece firmada, pero no su concordante núm. 98 (primera mano). Además, la glosa «de aquellos» (ed. cit. 2 v.º-91 v.º) recoge una opinión —no una firma— de «Vicentius Arie». Vid. infra.

⁶⁴ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 253

⁶⁵ IGLESIA FERREIRÓS, «Fuero», cit. 583 y 585

⁶⁶ He cotejado las citas del incunable mencionadas por PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 132 n. 332 y las mismas, salvo la que menciono en el texto, no están firmadas por Arias de Balboa, aunque recojan sus opiniones. Vid. infra

y a veces bastantes distintas, sin dependencia directa mutua, sino procedentes ambas de un ms. común, actualmente desconocido»⁶⁷. Hablando de las glosas publicadas en el incunable afirma que «muchas de estas glosas recogidas se atribuyen a V. Arias y coinciden literalmente con las que aquí estamos estudiando», es decir con las contenidas en el manuscrito toledano⁶⁸, apoyándose para ello en un nota que servía para confirmar la afirmación de que en las glosas del incunable «se citan por los menos 12 veces las glosas de Arias de Balboa»⁶⁹ aclarando en la mencionada nota así la situación, tras elencar las mencionadas doce glosas, «en muchos otros casos las glosas atribuidas a Montalvo recogen total o parcialmente las de Arias de Balboa y las completan, sin citarlo. Con todo, el material que las glosas atribuidas a Montalvo y que mantenemos que son de Sánchez de Arévalo, han tomado de las de Arias de Balboa es una parte muy pequeña dentro del conjunto total de las glosas»⁷⁰, que ahora cuantifica en un 7 por 100, para no mencionar que en este mismo trabajo se fija en un lugar en 17 las glosas del incunable que aparecen atribuidas a Arias de Balboa y en otro lugar se rebajan a quince⁷¹.

Es innecesario subrayar que si las glosas del incunable no mencionan la opinión de Arias de Balboa y las glosas firmadas por Arias de Balboa son tan pocas —dos en el ms. Toledano y siete, primera y segunda mano en el manuscrito escurialense (pero debe precisarse que en la edición Esc. 95 carece de la firma de Arias de Balboa)⁷²— resulta arriesgado concluir que aquellas donde no se mencionan en el incunable la opinión de Arias de Balboa son sin embargo de Arias de Balboa, sobre todo cuando ambos manuscritos —toledano y escurialense— no coincidan; pero es además innecesaria esta argumentación, si el mismo Pérez Martín afirma que «es posible que el autor de alguna de las glosas recogidas (en el manuscrito escurialense) no sea Arias de Balboa, sino otro jurista. En todo caso hay que admitir que al menos

⁶⁷ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 257

⁶⁸ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 259

⁶⁹ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 253.

⁷⁰ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 253.

⁷¹ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 131 y vid. infra n. 90.

⁷² Vid supra n 63.

el grueso del aparato pertenece a Arias de Balboa ⁷³ y reconoce, como hemos visto hace poco, que las versiones de las glosas del ms. toledano y escurialense son «a veces idénticas y a veces bastante distintas».

A mi entender, como reconoce en el fondo Pérez Martín, habría que identificar previamente las glosas que son de Arias de Balboa, lo que exigirá un cotejo exhaustivo de los manuscritos existentes, ya que hay un problema: si en el ms. toledano hay glosas que no se encuentran ni en el ms. escurialense ni en el incunable y en el ms. Escurialense glosas que no se encuentran ni en el ms. toledano ni en el incunable ⁷⁴ y si cuando una misma glosa aparece en los dos manuscritos —y en el incunable— puede ofrecer variantes y adiciones ⁷⁵, cabe plantearse de dónde proceden tales novedades y adiciones. O afirmamos que todas estas novedades y adiciones se reconducen a la obra de Arias de Balboa o debemos reconocer, como propongo, que los mss. toledano y escurialense —éstos más fielmente— y el incunable ofrecen parte de las glosas de Arias de Balboa pero reelaboradas y completadas.

No es necesario insistir en este punto, pues el mismo Pérez Martín ha reconocido la imposibilidad al menos momentánea de establecer las relaciones de dependencia entre las glosas del ms. toledano, del ms. escurialense y del incunable. Yo no tengo inconveniente en admitir que las glosas de los dos citados mss. manifiestan una reelaboración menos intensa que las glosas del incunable —su datación cronológica independientemente de su autor puede caer en la época fijada por Pérez Martín, mientras las adiciones del incunable retrasan la fijación de su reelaboración— y tampoco tengo inconveniente alguno en reconocer que es posible que las glosas que aparezcan en los dos mencionados manuscritos deben atribuirse en ciertos casos a Arias de Balboa, aunque no aparezcan firmadas, aunque deba probarse tal paternidad; lo que afirmo es que los dos mencionados manuscritos ni recogen todas las glosas de Arias de Balboa —afirmación que matizaré a

⁷³ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 133

⁷⁴ Vid los cuadros de PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 211 ss., por ejemplo Toledo 1-2 y Esc 3, pero téngase presente lo que diré más adelante

⁷⁵ Cf. por ejemplo, Toledo 3 y Esc 1, Tol 7 y Esc 6 Vid infra

continuación por las razones que se indicarán— ni las recogen siempre fielmente.

Estas dos afirmaciones las había realizado fiándome de los datos aportados por Pérez Martín, pero al cotejar los mismos me he encontrado con la necesidad de llevar a cabo algunas modificaciones. Todo aquel que ha realizado cuadros de equivalencia sabe que las erratas de imprenta arruinan la pesada labor de cotejo. Precisamente por ello procuro aquí reproducir los textos, que son siempre más fáciles de identificar. Mantendré sin embargo el texto originario, pero introduciré las modificaciones oportunas.

1. Hay glosas firmadas por Vicente Arias que son exclusivas de uno de los dos manuscritos. Utilizo aquí los datos de Pérez Martín: una de las dos glosas firmadas por Vicente Arias en el ms. toledano, la glosa número 26, no aparece en el ms. escurialense, ni tampoco en el incunable; las dos glosas firmadas del ms. escurialense, primera mano, se encuentran en el ms. toledano, pero no así las glosas de la segunda mano números 42 y 101, que no encuentran reflejo en el ms. toledano; en el incunable sólo se encuentra la glosa número 101⁷⁶.

Debo precisar ahora que al editar Esc. 44 Pérez Martín indica, «Esta glosa es recogida en parte y ampliada en las glosas del ms. toledano número 26, pero no es recogida en las glosas incunables»⁷⁷, si bien esta afirmación no encuentra reflejo en sus cuadros.

ms. Esc. 44 (1. Ussavan).

La sententia interlocutoria o diffinitiva passa es cosa judgada se fasta dies dias non es apellada, ut de electione, capitulo Cum dilectis, et de sententia et re judicata, capitulo Cum inter et capitulo Quo ad consultationem. Et ista lege ordinationis nota in quibus casibus non est locus appellationi quando appellatur ab interlocutoria, sed de jure fori indistincte appellatur ab interlocutoria, ut Foro Logum, libro 2, titulo 15, lege 1 circa principium. Sed de jure Par-

⁷⁶ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 132, n. 332, y los cuadros de pp. 211 y ss. He hecho el cotejo y prescindiendo de ciertas diferencias —así Tol. 86=Esc. 142— los datos de los cuadros son exactos en líneas generales, pero debe tenerse presente lo que diré a continuación en el texto; para el silencio en torno a Esc. 42=Esc. 43=Tol. 24 vid. infra, para Esc. 95 vid. supra n. 63 Vid. infra

⁷⁷ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 156, n. 160

tite vide III Partitam, titulo de appellationibus, lege 13. Sed de jure civili, vide in lege Autem»⁷⁸.

Esta glosa se interrumpe así bruscamente, lo que aparece más claro si la comparamos con la glosa recogida en el ms. toledano.

ms. Toledano 26.

«In eadem lege, super verbo “salvo si la sentencia, etc.”. Nota in quibus casibus est locus quando apelatio ab interlocutoria de jure isto, sed de jure Fori indistincte, ut lege prima, circa principium libro 2, titulo 3. Sed illam intellige secundum istam. Sed de jure Partitarum, vide Partitas, de apelationibus, lege 13. Sed de jure civili vide legem Ante, Digesto, de apelationibus recipiendis... Vicencius Arie»⁷⁹.

Puede pensarse que el ms. escurialense conserva una tradición defectuosa, por lo que carece de la parte final que se encuentra en el ms. toledano, pero debe reconocerse que su párrafo primero, «La sentencia... ad consultationem», que en parte está en castellano y no reproduce el texto de la ley comentada, no se encuentra en el manuscrito toledano, al menos según los datos de Pérez Martín. ¿Estamos, como en otra ocasión ha reconocido el mismo Pérez Martín⁸⁰ ante una adición posterior? ¿De quién es esta adición?

Tampoco encuentra reflejo en los cuadros de Pérez Martín lo afirmado por este autor al publicar la glosa Esc. 42: «Probablemente “Vincentius” significa el autor de la parte precedente de la glosa y lo que sigue es una adición posterior», afirmación que completa en una nota posterior al decir: «Esta glosa está escrita por una segunda mano y en lo que difiere de la glosa siguiente no es recogida ni en las glosas del MS toledano ni en las incunables»⁸¹. Es decir la primera parte de Esc. 42, que aparece firmada por «Vincentius» coincide, con ligeras variantes, con Esc. 43,

⁷⁸ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 155-156

⁷⁹ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 270-271. Para una historia interesante sobre las variaciones de esta regulación, vid. la glosa «Usan non la otorguen» en el incunable —ed. cit. 104 r.º-v.º=15 r.º-v.º

⁸⁰ Vid. infra n. 81.

⁸¹ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 154, n. 149 bis y 152.

donde aclara Pérez Martín, «esta glosa se recoge tanto en las del MS toledano n. 24 como en las incunables, f. 13 r (pesquisa) y en ambos casos la cita se refiere, como en la glosa 42, a la ley *Si quis possessor* del título *finium regundorum* del Digesto, que no aparece recogida en dicho cuerpo legal, por lo que puede suponerse fundadamente que la cita debe ser corregida por C. 3,39,3»⁸². Es decir, Esc. 43, que coincide con la primera parte de Esc. 42, aunque sin la firma de «Vincentius», coincide con Tol. 24 y con el incunable, tal como se muestran en los cuadros, pero sin embargo no se recogen estas mismas equivalencias para la primera parte de Esc. 42⁸³. Pero si insisto sobre estas erratas, algo habitual al hacerse cuadros, es de un lado para evitar confusiones a otros investigadores, pero sobre todo para subrayar que si la segunda parte de Esc. 42 es «una adición posterior», entonces necesariamente debe concluirse que también las glosas de Arias de Balboa han sido sometidas a reelaboración por el autor del manuscrito escurialense —o por el autor del modelo que copiaba el manuscrito escurialense—, tal como indicaría igualmente la adición de Esc. 44.

Pero hay algo que sería importante tener presente: atribuimos aquí estas adiciones al ms. Escurialense, ya que en ambos casos la presencia de la firma de Vicente Arias de Balboa puede autorizar quizá a concluir que la glosa auténtica de este autor se encuentra en el manuscrito que conserva la misma firmada y desde este planteamiento puede concluirse que aquellos manuscritos que ofrecen una glosa plenamente coincidente, aunque carezca de firma, puede decirse que conserva la auténtica glosa de Arias de Balboa. Esc. 44 tiene que haber adicionado así frente a Tol. 26 y otro tanto ocurre en Esc. 42, pese a conservar la firma de Arias, como mostraría el lugar en el que se encuentra la firma y la comparación con Esc. 43 y Tol. 24. ¿Qué ocurrirá, sin embargo, cuando las adiciones aparezcan en Toledo y no tengamos el apoyo de una glosa firmada?

Finalmente la glosa Esc. 101, que en los cuadros sólo encuentra equivalencia en las glosas del incunable, al ser publicada va

⁸² PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 155, n. 154.

⁸³ Vid PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 212.

acompañada de una nota que dice, «Esta glosa, escrita por una segunda mano, es recogida en las del MS toledano n. 56 como en las incunables, f. 39 r. (usurarios). Coincide sustancialmente con la glosa 102»⁸⁴. No debe así llamar la atención que al publicar Esc. 102, que coincide prácticamente con la anterior aunque carece de la firma de «Vicencius» advierta Pérez Martín, «esta glosa se recoge tanto en las del MS toledano n. 56 como en las incunables, f. 39 r (usurarios)»⁸⁵, haciendo aparecer en los cuadros las correspondientes equivalencias⁸⁶.

Se esfumaría así este primer argumento: no hay glosas firmadas por Arias de Balboa que se encuentran en un solo manuscrito; ni siquiera podría citarse Tol. 26, aun rechazando una transmisión defectuosa en el manuscrito escurialense; lo que sí puede mantenerse es que estas glosas firmadas ofrecen variantes en todo caso.

2. Hay glosas sin firmar en los distintos manuscritos que son propias y exclusivas de cada uno de ellos. Este simple hecho no permite hablar de una reelaboración, ya que las glosas de Arias de Balboa podrían estar recogidas en ese manuscrito común perdido y los autores de los diferentes manuscritos conocidos habrían procedido a una selección de las glosas de Arias de Balboa. Es decir, los manuscritos toledano y escurialense contendrían una parte de las glosas de Arias de Balboa, pero no todas. Hablando del ms. escurialense afirma Pérez Martín: «La respuesta a la segunda cuestión es segura: las glosas contenidas en el MS escurialense no contienen todo el aparato de glosas al Ordenamiento de Alcalá compuesto por Arias de Balboa. La prueba es clara: en las glosas toledanas y en las incunables se recogen glosas expresamente atribuidas a Arias de Balboa que no aparecen recogidas en el ms. escurialense»⁸⁷. Ahora bien, teniendo además presente el carácter que se atribuye por Pérez Martín a las glosas del incunable, ¿qué garantía existe, si la glosa no aparece firmada, de que la misma sea de Arias de Balboa, si se recoge en uno sólo de los manuscritos?

⁸⁴ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit 184 y n 416

⁸⁵ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit 184 y n 419.

⁸⁶ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit 213

⁸⁷ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit 133.

Si uno acude a comprobar la fundamentación de la afirmación de Pérez Martín, hace un momento recogida, se encuentran las palabras siguientes: «Así las glosas 26 y 62 de Toledo; de las 17 glosas que en las incunables aparecen atribuidas a Arias de Balboa (cf. supra nota 332) hay por lo menos cuatro casos en que parece ser que no hay correspondencia ni con las glosas escurialenses, ni con las toledanas»⁸⁸. La mención de Tol. 62 parece ser una errata⁸⁹ y la suerte de Tol. 26 ya la conocemos; con respecto a las opiniones de Arias de Balboa recogidas en el incunable es suficiente señalar en este momento que sólo en una ocasión este texto tiene una cita de Arias de Balboa, sobre la que volveré; en los demás casos se recoge en las glosas del incunable simplemente la opinión de Arias de Balboa, aunque en un caso se reconoce que casi toda una glosa es de Arias de Balboa; el recogerse la opinión de Arias de Balboa —no una glosa firmada— no creo que autorice a afirmar que esa opinión recogida proceda necesariamente de las glosas de este autor al ordenamiento de Alcalá —pueden proceder por ejemplo de sus glosas al Fuero Real—. No me parece además adecuado hacer una afirmación tan fundamental basándose en un apoyo tan indeterminado («hay por lo menos cuatro casos») —he aquí de nuevo la indeterminación— máximo cuando los datos que Pérez Martín ofrece en sus trabajos desmienten una tal afirmación. Estos cuatro casos mencionados por Pérez Martín quedan en la práctica reducidos a dos y ninguno de éstos parecen autorizar a hacer la afirmación llevada a cabo por Pérez Martín⁹⁰.

⁸⁸ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 133, n. 335.

⁸⁹ Aquí tiene que haber quizá una errata, pues PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento» cit. 212-214, si no señala equivalencia alguna para Tol. 26, para Tol. 62 señala dos: Esc. 110-111 y el incunable para la equivalencia con Esc. 110; además, al editar ambas glosas —PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 283-284, n. 357 y «El Ordenamiento», cit. 187-188, n. 465— afirma que Tol. 62 y Esc. 110-111 aparecen en las glosas del incunable.

⁹⁰ Como se sabe, de un lado Pérez Martín ha elencado las glosas existentes en el incunable, que mencionan la opinión de Arias de Balboa (PÉREZ MARTÍN, «El ordenamiento» cit. 132, n. 332) y de otro ha afirmado que «de las 17 glosas que en las incunables aparecen atribuidas a Arias de Balboa (cf. supra nota 332) hay por lo menos cuatro casos en que parece ser que no hay correspondencia ni con las glosas escurialenses, ni con las toledanas» (PÉREZ MARTÍN, «El ordenamiento» cit. 133, n. 335). Debe apreciarse, sin embargo, que en PÉREZ MARTÍN, «El ordenamiento» cit. 133, n. 335 se habla de 17 glosas,

ya que se incluyen las dos firmadas por «Bena/Vena», reflejando aquí la primitiva idea de Pérez Martín, que identifica tal cita con Vicente Arias de Balboa, pero en «El ordenamiento», cit. 132, n. 332 se mencionan sólo 15 —11 firmadas, lo que no es correcto, por Vicente y cuatro por Vicente Arias—, excluyendo así las dos de «Bena/Vena», al que ahora identifica con Juan Alfonso de Benavente. Vid. infra.

Voy a recoger aquí, numerándolas, estas 15 glosas, siguiendo el orden de su aparición en el incunable; pondré al lado de la foliación moderna, la foliación antigua del incunable y daré a continuación la glosa equivalente en los manuscritos toledano y escorialense; entre paréntesis, a continuación de la equivalencia, y con la sigla l.c., daré la página y la nota de las ediciones de Pérez Martín, donde éste ha publicado glosa correspondiente y realizado la identificación oportuna. Subrayo este hecho: no se trata de hacer identificaciones que pueden ser discutidas, sino de indicar dónde Pérez Martín ha llevado a cabo las mencionadas identificaciones:

Núm. 1: «de aquellas» fol. 2 v.º=91 v.º=Tol. 3 (l.c. 261 n. 8); Esc. 1 (l.c. 135 n. 6).

Núm. 2: «sea avido» fol. 3 r.º=92 r.º=Tol. 4 (l.c. 261-262 y n. 15), Esc. 2 (l.c. 135-136 y n. 13).

Núm. 3: «Si el demandado» fol. 4 v.º-5 r.º=93 v.º 94 r.º=Tol. 7 (l.c. 262-263 y n. 24); Esc. 6 (l.c. 137-138 y n. 25).

Núm. 4: «sean vendidas», fol. 6 v.º=95 v.º=Tol. 11 (l.c. 264 y n. 49); Esc. 13-14 (l.c. 141 y n. 51-52).

Núm. 5 «Quanto» (alude a «demanda» cf. infra n. 109) fol. 7 r.º-v.º=96 r.º-v.º=Tol. 14-15-16 (l.c. 265-266 y n. 72, 80, 81) (con reenvío a la glosa «Demanda», que es la única glosa existente, ya que «quanto» forma parte de una cita de la ley, que se menciona en dicha glosa); Esc. 19 (l.c. 143 n. 60).

Núm. 6: «contestando el pleito» fol. 7 v.º=96 v.º=Tol. 17 (l.c. 266-267 y n. 86), Esc. 20 (l.c. 143 y n. 63).

Núm. 7 «sea dada sentencia» fol. 9 r.º-v.º=98 r.º-v.º

Núm. 8: «anno et dia», fol. 10 r.º=99 r.º

Núm. 9 «a tercer dia», fol. 18 r.º=107 r.º. Tol. 32 (l.c. 272-273 y n. 187); Esc. 50 (l.c. 158-159 y n. 208).

Núm. 10 «Dieremos iuez» fol. 20 r.º-v.º=109 r.º-v.º=Tol. 38 (l.c. 275 y n. 218); Esc. 75 (l.c. 170-171 y n. 291).

Núm. 11: «seys meses», fol. 21 r.º=109 r.º=Tol. 39 (l.c. 275 y n. 224); Esc. 78 (l.c. 172 y n. 299).

Núm. 12: «despues que por suplicación», fol. 21 r.º=110 r.º=Tol. 40 (l.c. 275-276 y n. 230), Esc. 79 (l.c. 172-173 y n. 305).

Núm. 13. «dada por nos», fol. 21 r.º-v.º=110 r.º-v.º=Tol. 41 (l.c. 276 y n. 230) = Esc. 80 (l.c. 173 y n. 310)

Núm. 14. «tregua o segurança», fol. 42 v.º=131 v.º=Tol. 60 (l.c. 282 y n. 334); Esc. 107 (l.c. 186-7 y n. 401)

Núm. 15: «doblados», fol. 74 r.º=163 r.º=Tol. 81 (l.c. 289 y n. 440); Esc. 135 (l.c. 199 y n. 556).

Dicho con otras palabras, serían las glosas numeradas 7.ª y 8.ª aquellas que no encontrarían equivalencia. Ahora bien, la glosa 7.ª encuentra reflejo en Tol. 19 (PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 267-268, n. 96, afirma. «Esta glosa no es recogida en las atribuidas a Montalvo») y en Esc. 21 (PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento»,

Pero aun aceptando la conclusión de Pérez Martín, que contradice a veces sus propios datos, se tendría que fundamentar mejor desde otro punto de vista. Si entre el ms. escurialense y el ms. toledano hay coincidencias y divergencias y otro tanto ocurre entre estos dos manuscritos y el incunable, es evidente que cada uno de estos tres ejemplares de las glosas tiene que tener glosas propias⁹¹. En este sentido, y restringiéndome a los dos manuscritos, es claro que no puede afirmarse que los mismos recojan las glosas de Arias de Balboa; al máximo podrá decirse que los dos manuscritos realizan una selección de las glosas de Arias de Balboa.

Debe subrayarse sin embargo un hecho; en esta conclusión —derivada del planteamiento de Pérez Martín— se parte de algo que Pérez Martín no ha demostrado; que en ambos manuscritos se conservan fielmente las glosas de Arias de Balboa. Desde esta convicción se puede concluir que las divergencias entre ambos manuscritos se derivan del hecho que sus autores tenían criterios diferentes al proceder a llevar a cabo la selección. Ahora bien, el mismo Pérez Martín reconoce —lo hemos visto—, aunque sea ocasionalmente, que en el ms. escurialense hay adiciones ajenas a la

cit. 144, n. 71 dice: «Esta glosa es recogida en las del MS toledano n. 18-19, pero no en las glosas incunables» Para la identificación, vid. lo que diremos en el texto, al analizar las glosas del título VII del O. Alcalá. La glosa 8.ª dice, aunque la fotocopia es muy borrosa, lo siguiente: «ANNO ET DIA de iure tamen ciuile et canonico in tali prescripcione contra priuatam est tempus x. annorum inter presentes et xx inter absentes in & i. insti. de usuc po et uide de hac materia istorum temporum lacius per uicencius arias le. I in glo » Es una glosa a la ley primera del título IX del O. Alcalá, mientras las glosas del manuscrito toledano parecen comenzar en la ley 2, lo mismo que ocurre con las del manuscrito escurialense. Lo que llama la atención es la extraña forma de citar, que quizá aparezca más extraña, ya que como he indicado la fotocopia que utilizó es muy borrosa. Por eso mismo llamaré en mi ayuda las dos glosas inmediatamente anteriores, que son las que abren el comentario de O. Alcalá 9,1, en las glosas del incunable: «ENLOS FVEROS in fol. le. ti. xi. li. ii. l. i quam intellige secundum istam quam uult eam limitare CASA O VINNA et sic loquitur in prescripcione rerum immobilium » Si no es equivocada mi interpretación, aquí estamos ante una opinión de Vicente Arias que se recoge, sin embargo, en la glosa al Fuero Real 2,11,1, donde ampliamente se ocupa de los plazos de prescripción de las cosas.

Acudiendo a los mismos datos de Pérez Martín, podemos ver que los cuatro casos se han reducido a dos, y ninguno de estos dos es posible que autorice a hacer la afirmación llevada a cabo por Pérez Martín.

⁹¹ Vid. infra.

obra de Arias de Balboa, lo que explicarían sus divergencias, al menos en algún caso, con el ms. toledano. Pero una tal afirmación conduce necesariamente a tener que reconocer que en el manuscrito escurialense se han recogido glosas de Arias de Balboa, pero también glosas de otros autores —como también admite Pérez Martín—, lo que induciría a pensar en la posibilidad de que se procediera también a una reelaboración, aunque fuese mínima, de las glosas originales de Arias de Balboa, cuando en las glosas coincidentes de ambos manuscritos existan divergencias. Y automáticamente esto conduce a reconocer, aunque de forma completamente infundada, que es el manuscrito toledano aquel que contiene una selección de las glosas de Arias de Balboa, con lo que se estaría reconociendo que este manuscrito contiene las verdaderas glosas de Arias de Balboa, cosa que no se ha demostrado.

3. Hablando también del ms. escurialense afirma Pérez Martín, «La respuesta a la primera cuestión es problemática. Es posible que el autor de alguna de las glosas recogidas no sea Arias de Balboa sino otro jurista. En todo caso hay que admitir que al menos el grueso del aparato pertenece a Arias de Balboa»⁹². Si no me es infiel la memoria, B. Russell señalaba que la ciencia moderna surge cuando se abandona el principio de autoridad. Aquí Pérez Martín se limita a emitir su opinión, pero ¿por qué hace tal afirmación Pérez Martín? Creo que la razón de la misma se encuentra en no hallar reflejo todas las glosas del manuscrito escurialense o en el manuscrito toledano o en las glosas del incunabile; y digo creo, porque Pérez Martín se limita a enunciar su convicción. Pero si esto es así, entonces es necesario decir otro tanto de las glosas contenidas en el ms. toledano, pues hay algunas que no encuentran reflejo ni en el ms. escurialense ni en el incunabile⁹³, salvo que, tal como se ha apuntado, se le reconozca a través de un acto de fe como el auténtico manuscrito que conserva la auténtica glosa de Arias de Balboa.

⁹² PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 133

⁹³ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 211, pero téngase presente mis advertencias Cf. supra n. 76. Vid., además, lo que diré en el texto en torno a Tol. 86=Esc 142.

4. Hay glosas, incluso firmadas por Arias de Balboa, que aparecen en más de un manuscrito y en el incunable y ofrecen, sin embargo, variantes, aunque sean pequeñas⁹⁴. Esto demostraría que aun copiando de un modelo común, que sería el hipotético manuscrito donde se contendrían las glosas de Arias de Balboa, los distintos juristas-copistas procedieron a una reelaboración mayor o menor de su modelo. Para ser más precisos: es necesario concluir que los juristas propietarios de los manuscritos con la glosa de Arias de Balboa procedieron a introducir glosas nuevas o algunas correcciones o reelaboraciones en sus ejemplares, que pasaron a continuación a las nuevas copias. Aunque volveré a ocuparme de este argumento, quiero aquí llamar la atención sobre una circunstancia interesante.

Esc. 144 (1. sus palacios). Gl. a O.Alcalá 32,57.

Nota qualiter domus habitationis et equus et mula et arma generosorum non debent capi nec pignori obligari pro debitis eorum et cetera. (Facit ad hanc legem Digesto, de re iudicata, lege Milles in principio et lege Item miles et lege Quo modis et ibi glosa quod nec etiam pro debito publico. Ad quod facit etiam lege Stipendia, Codice, de executione rei iudicate et Codice, que res pignori obligari possunt, lege Spem. Et vide ibi Cynum et Bartolus aliquantulum tangit in dicta lege Quomodis et vide Speculatorem, titulo de primo et secundo decreto, & Restat versu Quid si reus.) Item facit ad hanc legem supra, titulo 35 que incipit «usose fasta aqui et cetera. Vicentius»⁹⁵.

Tol. 52. Gl. a OA. 18,2

In lege secunda, eodem titulo, super verbo «de los nuestros pechos». Facit ad legem primam, titulo 22, lege 57 et vide quod ibi alegatur in apostilla. Ibi habetur de privilegiis que habent generosi de non inpignorando eosdem, in legem quartam, eodem titulo, in principio, super verbo «que por las debdas». Nota istam legem, et vide legem penultimam in isto volumine. Facit ad hanc legem, Digesto, de re iudicata, lege Miles, in principio et lege item miles, et lege Comodis et ibi glosa, quod nec etiam pro debito publico.

⁹⁴ Vid. infra.

⁹⁵ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 202 y n 591 «Esta glosa se recoge en las glosas del MS toledano, n. 88, pero no en las glosas incunables». Cf., sin embargo, el cuadro en PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit 215, donde indica la equivalencia con Tol. 52 y 88.

Ad quod facit lex Stipendia, Codice, de executione rei iudicate, et Codice, que res pignori obligari possunt, lege Spem. Et vide ibi Chinum et Bartolum qui aliquo modo tetigit in dicta lege Comodis. Et vide per Speculatorem, titulo primo et secundo decreto, & Restat, versu quid si reus⁹⁶.

Tol. 88. Gl. a O.A. 32,57.

In eodem titulo, lege incipiente «A privilegios etc.» Facit ad hanc legem Miles et lex Comodis, Digesto, de re iudicata et ibi glosa «quod etiam nec pro debito publico.» Ad hanc facit lex Stipendia, Codice, de executione rei iudicate, et Codice, que res pignori obligari possunt, lege Spem, et vide ibi Chinum et Bartolum, qui aliquo modo tetigit dictam legem Comodis et per Speculatorem, de primo et secundo decreto, & Restat, versu Quid si reus⁹⁷.

Gl. de su cuerpo. O.A. 18,4.

«Sed circa quaestionem primam an pro debitis fiscalibus possunt istaque in hac l. continentur et eiam stipendia eis capi uide glo. 1 in l. comodis. ff. de re iudi. qui tenet quod non ad quod facit l. stipendia C. de executione rei iudi. et que res pignori obligari possunt l. especiem et uide ibi per cy. et bart. qui aliquo modo tetigit in d.l. comodis et uide l. milles eo. ti. et in specu. in ti. de primo et .ii. decreto & restat. & quod si reus⁹⁸.

Hay una primera constatación. Al comentarse O. Alcalá 18,2 en las palabras «de los nuestros pechos», en el ms. toledano aparece una glosa, donde hay un reenvío, para aclarar la ley prime-

⁹⁶ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit 279, quien en nota 283 aclara que el reenvío a «titulo 22, lege 57» debe identificarse con OA 32,57, con el que identifica también en nota 285, la cita «in legem quartam», eodem titulo, in principio, super verbo «que por las debdas», identificación que creo debe hacerse con O. Alcalá 18,4: «Usose fasta aqui, que por las debdas», como demostraría el hecho de que esta glosa del ms. toledano está, al parecer, en el título «XVIII: de las prendas e de los testamentos», es decir «eodem titulo», «en este mismo título que se comenta» y esta identificación se refuerza por lo que se dice a continuación: «Nota istam legem et vide legem penultimam in isto volumine», es decir debe prestarse atención a O. Alcalá 18,4 y O. Alcalá 32,57, que es la ley penúltima —así también PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit 279, n 286—, pues ambas leyes tratan del mismo argumento, de esta manera se reforzaría la corrección que debe introducirse en la primera cita. En p 280, n 295 «esta glosa no es recogida en las atribuidas a Montalvo»

⁹⁷ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit 290-291 y n 473: «Esta glosa no se recoge en las atribuidas a Montalvo»

⁹⁸ Ed cit fol 26 r^o=115 r^o

ra, al «título 22, lege 57...» y realmente en el ms. toledano hay una glosa a una ley «A privilegios», que debe identificarse con O. Alcalá 32,57.

También en el ms. escurialense, comentando O. Alcalá 32,57 hay una glosa «(1. sus palacios)», la 144 de la edición de Pérez Martín, que se ocupa de la materia anunciada en Tol. 52. ¿No hay una glosa paralela a esta última en el ms. escurialense? Comentando O. Alcalá 18,2 en la palabra «pechos» se encuentra el equivalente de Tol. 52, como indica Pérez Martín.

Esc. 90. Gl. a O.A. 18,2.

Facit ad hanc legem capitulum penultimum istius Fori novi et apostilla ibi posita super verbo «palacios», ubi habetur de privilegio quod habet generosus de non inignorando eius domus, equus et cetera ⁹⁹.

Esc. 91. Gl. a O.A. 18,3.

Nota istam legem et vide legem penultimam in isto volumine. Facit ad hanc legem Digesto, de re iudicata, lege Milles, et lege Commodis et ibi glosa et lege Item milles quod nec etiam pro debito publico. Ad quod facit lex Stipendia, Codice, de executione rei iudicate et Codice, que res pignori obligare possunt, lege Spem. Et vide ibi Cynum et Bartolum, qui aliquantulum tetigit in dicta lege Commodis. Et vide per Speculatorem, titulo de primo et secundo decreto, & Restat, versu. quid si reus ¹⁰⁰.

Dejando a un lado el recuerdo que esta glosa dejó en el incunable es necesario subrayar que la identidad de las glosas en ambos manuscritos no es total. Si aproximamos las glosas, encontraríamos, de un lado Tol. 52=Esc. 90-91 y, de otro, Tol. 88=Esc. 144. Aparentemente la coincidencia en lo fundamental es total, pero quisiera llamar la atención sobre los reenvíos. Tol. 52 reenvía al «título 22, lege 57»; si se admite una errata, tendría que identificarse esta cita con O. Alcalá 32,57, ya que también se reen-

⁹⁹ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit 179, n. 364. «Esta glosa es recogida en las glosas del MS toledano, n. 52, junto con la glosa 91, pero no es recogida en las glosas incunables», pero cf cuadros en p. 213.

¹⁰⁰ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit 179 y n. 375. «Esta glosa es recogida en las del MS toledano, n. 52, junto con la glosa precedente, pero no se recoge en las glosas incunables.»

vía a la ley cuarta del título que está comentando, es decir a O. Alcalá 18,4. Dicho con otras palabras, estas glosas están vinculadas a una redacción sistemática del Ordenamiento de Alcalá.

Si examinamos ahora Esc. 90 vemos que alude al «capitulum penultimum istius Fori», que sería igualmente O. Alcalá 32,57. Ahora bien, en Esc. 91 se dice, «Nota istam legem et vide legem penultimam in isto volumine», frase que se encuentra igualmente en Tol. 52. Hay aquí una diferencia en la terminología: «capitulum», «legem»; pues bien, si examinamos ahora la parte final de Esc. 144, donde aparece la firma de Vicente y que falta en las glosas toledanas, nos encontramos con este reenvío: «Item facit ad hanc legem supra titulo 35 que incipit “usose fasta aqui et cetera”.» Cobra así una nueva luz aquella primera cita: «capitulo» —como título, y prescindo de las posibles erratas— está por cada una de las divisiones del Ordenamiento de Alcalá, pudiendo decirse así que capítulo y ley —y título probablemente si no hay errata— es la misma cosa, pero entonces el título 35 hace referencia a una redacción asistemática del Ordenamiento de Alcalá ¹⁰¹, donde el título o ley 35 equivale a la ley IV del título 18 de la redacción sistemática del Ordenamiento de Alcalá, ley que comienza «Vsose fasta aquí».

No es necesario añadir más diferencias, aunque debieran explicarse las existentes. Si las glosas de Arias de Balboa comentaban una redacción asistemática del Ordenamiento de Alcalá, sus citas tuvieron que ser modificadas, para adecuarlas a una redacción sistemática; si las glosas de Arias de Balboa comentaban una redacción sistemática del Ordenamiento de Alcalá, sus citas tuvieron que ser adecuadas a la redacción asistemática. Yo no pretendo resolver estos problemas; únicamente llamo la atención sobre los mismos, para poner de relieve que la identificación de las glosas de Arias de Balboa en los dos manuscritos citados con sus glosas auténticas encuentran apoyo en una convicción, no en testimonios históricos.

A continuación llamaré la atención sobre dos puntos muy li-

¹⁰¹ Vid. por ejemplo, la editada en *CARLYC* I, 52 (1348), 35, p. 518 PEREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 202, n. 590 señala, «Ordenamiento de Alcalá 18 4 En la glosa la cita se hace de acuerdo con la llamada versión cronológica»

mitados: presencia de una cita de Arias de Balboa y examen de las glosas del incunable en un título determinado, elegido por recoger una glosa que se atribuye casi en su totalidad a Arias de Balboa. Me limitaré a hacer las aproximaciones oportunas y a obtener a continuación las conclusiones pertinentes.

Si se admite, como hace Pérez Martín, que una glosa firmada recoge el texto fiel de la obra de Arias, debe concluirse entonces que en el incunable aparece una glosa firmada, por lo tanto auténtica, de Arias, que reaparece sin firma y con modificaciones en los manuscritos toledano y escurialense; este simple hecho pone en cuestión, como ya he indicado, las relaciones entre estos tres textos; si los manuscritos toledano y escurialense coinciden frente al incunable en ofrecer un texto modificado y adicionado con respecto al texto de la glosa firmada por Arias de Balboa, que se encuentra en el incunable, la creencia en que la coincidencia entre los manuscritos toledano y escurialense permita remontar a la obra de Arias de Balboa se derrumba.

DADO POR NOS. sed est dubium an de iure partite erat datus talis iudex ad cognoscendum de hac suplicatione uel erat dandus a rege. uide in .iii. parti. eo ti. l. i. et uide l. ix. ti. v. .ii. parti. hodie tamen ut dixi supra l. proxima sunt auditores que de talibus causis delatis per suplicationem vel apelacionem cognoscunt ut in alle. l. xi. ordi. de berui. cum adicione l. l. edite in sego. in ultima l. ordinacio. audienti. & pe et dic ut ibi et hic expliciunt leges loquentes in ordine iudiciario. uinc. ari. ¹⁰²

Esta glosa sin la firma de Arias de Balboa aparece también recogida en los dos manuscritos publicados por Pérez Martín.

Tol. 41.

In eadem lege, super verbo «dado por nos». Sed de iure Partita erat datus a lege, ut lege prima titulo 4.º, III Partita, et lege 9 titulo 5, II. Partita. Quod sic datus dicitur semper iudex apelationis. Hodie autem sunt auditores qui de talibus causis delatis per apelationem vel suplicationem ad regem cognoscunt, ut XI edita in curiis de Breviesta et dum edictione legis prime edita in Segovia in ultima ordinatione audiencie, in & penultimo sive capitulo et dic ut ibi. ¹⁰³

¹⁰² Ed cit fol 110 r.º-v.º=21 r.º-v.º

¹⁰³ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit 276, n 235 «Esta glosa es recogida en las atribuidas a Montalvo, f. 21 rv (dado por nos) citando a Vicente Arias como autor de la misma »

Esc. 80.

Sed de iure Partite erat datus a lege, ut lege 1, titulo 4, 3 Partita et lege 9, titulo 5, 2 Partita. Quod sic datus dicitur semper iudex appellationum. Hoddie autem sunt auditores qui de talibus causis delatis per appellationem vel supplicationem ad regem cognoscunt, ut lege XI edicta in curiis de Briviesca et cum additione legis prime edicta in Segovia ultra ordinationem audientie in & penultimo sive capitulo et dic ut ibi.¹⁰⁴

La coincidencia entre Tol. 41 y Esc. 80 es plena, ofreciendo por ello mismo un texto modificado frente al incunable. Si esta modificación se hubiese limitado a ausencias, ésta podrían ser fácilmente explicables, así la adición final de la glosa del incunable, donde aparece la firma, así el inciso «quod sic... apelationis», que aparece con variantes en los manuscritos y falta en el incunable. Una defectuosa tradición daría explicación a estos hechos, pero no sucede lo mismo con el primer párrafo. O bien damos fe a la firma de Arias como prueba de la autenticidad del texto o bien negamos tal valor a la firma y entonces deben obtenerse las consecuencias derivadas de una tal decisión. Hay en Tol. 41 y en Esc. 80 una simplificación frente al incunable y aunque el tema merece una mayor consideración, me limitaré a traer a colación Tol. 40=Esc. 79: «a iudice dato a lege vel a rege».

Hay, además, una supresión muy significativa; el inciso «ut dixi», que aparece en la glosa del incunable, que contiene un reenvío a la ley anterior, que conduce a la glosa «Dierem so izez», a O. Alcalá 14,1, donde se afirma: «ad hoc dicit uincen. facit l. iii. et .iiii. supra ti. proximo». Si uno acude a las glosas equivalentes a «Dierem so izez» en los manuscritos encuentra la frase: «Et facit lex tertia et quarta, supra, titulo proximo»¹⁰⁵.

Esta frase es ambigua, pero si se acepta que la firma es síntoma de autenticidad del texto, el reenvío de la glosa del incunable es correcta: Arias de Balboa se reenvía a lo ya dicho comentando una ley anterior y que realmente Arias de Balboa se había ocu-

¹⁰⁴ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 173 y n. 310: «Esta glosa es recogida tanto en las glosas del MS toledano n 41 como en las incunables, f 21 rv (dado por nos), atribuyéndola en este último caso a Vicentius Arie.»

¹⁰⁵ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit 274-275, PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 170-171, núms 38 y 75, respectivamente

pado de dicha materia lo parece destacar la glosa «Dierem so iverz», «ad hoc dicit uincen.», lo que se ve confirmado por encontrarse en los manuscritos la frase ya recogida siempre y cuando estemos plenamente convencidos de que dichos manuscritos conservan fielmente la obra originaria de Arias de Balboa, lo que no deja de ser discutible, si Esc. 75 dice «a sententiis pretoris appellationum et prothonotariorum quid iuris sit»¹⁰⁶ y Tol. 38 dice «a sententia alcaldis de las alçadas et prõnotariorum»¹⁰⁷.

El título VII del Ordenamiento de Alcalá, «De la contestación de los pleytos», tiene una única ley, «Como debe seer el demandado avido por confieso, si non respondiẽre à la demanda fasta nueve dia», cuyo tenor es el siguiente:

«*Porque se aluengan los pleytos por raçones maliciosas de los demandados, non queriendo responder *derechamente* a las demandas; Nos por encortar los pleytos, è tirar los alongamientos *maliciosos*, establecemos que en los pleytos, que andovieren en la nuestra Corte, ò en las Cibdades è Villas è Logares de nuestros Regnos, que del dia que la demanda fuere al demandado, ò a su Procurador, sea tenuto de responder *derechamente* a la *demanda*, /contestanto el pleyto, conociendo ò negando *fasta nueve dias continuados*; et si asi non respondiẽre, sea avido *por confieso* por su rebellia por esta nuestra ley, aunque *non sea dada sententcia* contra el sobre esto; et si el Procurador fuere rebelle, è non respondiẽre al dicho plaço, que non sea restituido el sennor del pleyto, maguer que diga que el Procurador non ha de que pagar»¹⁰⁸*

He subrayado aquí las palabras sobre las que existen glosas en el incunable; indudablemente algunas de estas palabras pueden ser dudosas, por encontrarse repetidas en el texto de la ley —así, por ejemplo, *derechamente*, *demanda*—, pero para la identificación de las palabras elegidas he partido de la base, ya que su aparición así lo autoriza, que las glosas del incunable siguen el orden de aparición de las palabras en la ley. Quien tenga ante su vista el incunable sabe que las glosas se identifican fácilmente, ya que las palabras glosadas aparecen en capitales; esta cir-

¹⁰⁶ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 170.

¹⁰⁷ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 274.

¹⁰⁸ Utilizo la edición de Asso-De Manuel (Valladolid, 1960 Reimp Madrid, 1774)

cunstancia puede dar lugar a alguna confusión, ya que ocasionalmente aparecen también en capitales algunas palabras, que no introducen, sin embargo, una glosa. En este sentido es suficiente señalar que las glosas a O. Alcalá 7,1 comienzan en el folio 95 verso (=6 verso), con aquella que se refiere a las palabras «POR QVE SE ALVENGAN». Las numeraré de forma correlativa; ésta sería así la glosa 1.ª Después aparece la glosa 2.ª «DERECHAMENTE» (fol. 95 v.º-96 r.º=6 v.º=7 r.º), que identifico con la primera mención, ya que la glosa 3.ª sería «MALICIOSOS» (fol. 96 r.º= 7 r.º), que aparece antes de la segunda mención de «derechamente a la demanda contestando el pleyto». Debe, en consecuencia, excluirse como glosa aquella otra mención en capital que aparece impresa en el folio 96 r.º (=7 r.º), «DERECHAMENTE», ya que es una alusión al texto de la ley: «propter verba sua DERECHAMENTE et ex hiis...». La cuarta glosa, también en el fol. 96 r.ºv.º (=7 r.º-v.º), se vincula a la frase «A LA DEMANDA», que debe identificarse con la segunda mención de la palabra «demanda». Debe excluirse del número de las glosas aquella que podría vincularse a la mención de la palabra «QVANTO» en capitales, pues forma parte de una cita legal: «unam legem singularem quae est eiusdem regis in dicto ordinamento et est .xxiii. quae incipit otro si por QVANTO», cita quizá equivocada de la ley 31 de las Cortes de Toro de 1371, celebradas bajo Enrique II, que comienza «Otro si por quanto»¹⁰⁹.

La quinta glosa sería «CONTESTANDO EL PLEITO», que aparece en el fol. 96 verso (=7 v.º) y la sexta glosa «EASTA», en el mismo folio; la séptima sería «NUEVE DIAS CONTINVADOS», que ocupa el fol. 96 verso in fine y el principio del folio 97 recto (=7 v.º=8 r.º). También aquí aparece una cita en capitales: «in l. quaterni regis io. secundi que incipit OTROSI ES MI MERCED». La octava glosa sería la de las palabras «POR CONFIESSO», fo-

¹⁰⁹ CARLYC II, 13 (1371), 31, p 201, el cap. 23 comienza «Otro si ordenamos et mandamos que si algunas malfetrias et rrobos. » estableciéndose penas para tales delitos, su contenido nada tiene que ver con lo que se comenta, que se refiere a los plazos de la contestación a la demanda, que aparecen en el cap 31, donde se alude precisamente al O Alcalá y que en las glosas editadas por Pérez Martín, tanto en las toledanas como en las escurialenses, aparece reproducido este cap 31.

lios 97 recto-verso y 98 recto (=8 r.º-v.º-9 r.º) y la novena acompañaría a las palabras «SEA DADA SENTENCIA» (fol. 98 r.º-v.º =9 r.º-v.º). La última glosa acompaña a las palabras «E SI EL PROCURADOR» (fol. 98 v.º=9 v.º), por lo tanto a la primera mención de «procurador» en el párrafo final de la ley.

De acuerdo con estos datos tendríamos, por lo tanto, que en el incunable aparecen 10 glosas a la ley única del título 7.º del Ordenamiento de Alcalá.

Si acudimos ahora a las glosas existentes en el manuscrito toledano, tal como han sido editadas por Pérez Martín ¹¹⁰, encontraríamos un total de ocho glosas, numeradas del número 12 al 19. En estas glosas se indican las palabras de la ley que se glosan y el título en que se encuentra la ley y en consecuencia tendríamos este orden de edición; 12 «aunque non sea dada sentencia contra el sobre»; 13 «et si el procurador»; 14 «sea tenuto de responder derechament», glosa que tiene que ser acompañada por la 15, pues en ésta no aparece palabra alguna que se aclare y continúa el problema planteado en la glosa 14; 16 «derechament a la demanda»; 17 «contestando el pleito»; 18 «fasta IX dias», a la que debe vincularse la glosa 19, donde se aclara un término «momentum», que no es propio de la ley, sino de la glosa: «Isti dies computantur de momento ad momentum.» En definitiva, como primera conclusión, podría decirse que estas ocho glosas se ven reducidas a seis ¹¹¹.

Por su parte, el manuscrito escurialense ¹¹² tiene en el comentario a este título VII del Ordenamiento de Alcalá un total de 12 glosas en la edición, que se reducen a 10, ya que dos de ellas —la sexta y la séptima— aparecen divididas en dos glosas, con numeración independiente en la edición, pero no así, al parecer, en el manuscrito. Estas glosas, que van desde la número 16 a la 27, en la numeración general del editor son las siguientes: núme-

¹¹⁰ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 264-268.

¹¹¹ Las noticias de Pérez Martín sobre este manuscrito no resuelven estos problemas, ni permiten resolver la cuestión que se subrayará en el texto en torno a la colocación de las glosas 12-13. Tampoco las noticias de ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA-RAMÓN GONZÁLEZ, *Catálogo de los manuscritos jurídicos medievales de la catedral de Toledo* (Roma-Madrid, 1970), 158, arrojan luz sobre este punto.

¹¹² PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 142-149.

ro 16 («procurador». Glosa 1.^a); número 17 («responder». Glosa 2.^a); número 18 («derechamente». Glosa 3.^a); número 19 («a la demanda». Glosa 4.^a); número 20 («el pleito». Glosa 5.^a); número 21 («nueve días». Glosa 6.^a, que engloba también la glosa que lleva el número 22, en la numeración general del editor); número 23 («por confieso». Glosa 7.^a, que engloba también la que lleva el número 24 en la numeración general del editor); número 25 («sea avido por confieso». Glosa 8.^a); número 26 («sobre esto». Glosa 9.^a) y, finalmente, número 27 («Non responder». Glosa 10.^a).

Si ahora examinamos superficialmente las palabras guías en los distintos textos —los dos manuscritos y el incunable—, siguiendo como modelo el orden de la ley, que es el orden del incunable, y considerando que la palabra guía cierra un período, nos encontraríamos con la siguiente constatación superficial: la glosa 1.^a del incunable «por que se alvengan», la 2.^a «derechamente» y la tercera «maliciosos» no encuentran reflejo en las voces guías de los manuscritos. Con la glosa 4.^a, «la demanda», comienzan ya las equivalencias, pues parece encontrar reflejo en la glosa 14 «sea tenuto de responder derechament», que engloba la 15, y en la 16 «derechament a la demanda» del ms. toledano, así como en las glosas 16 «procurador», 17 «responder», 18 «derechamente» y 19 «a la demanda» del ms. escurialense; aquí la identificación por las razones que se dirán más adelante puede ser discutida, pero téngase en cuenta que unidas todas estas palabras guías nos encontraríamos con «procurador, responder derechamente a la demanda», que parece encontrar un reflejo en el texto de la ley «Procurador, sea tenuto de responder derechamente a la demanda».

La glosa quinta del incunable «contestando el pleito» encuentra un reflejo en la glosa 17 «contestando el pleito» del ms. toledano y en la glosa 20 del ms. escurialense «el pleito»; la glosa 6.^a del incunable «Easta» no parece encontrar sin embargo reflejo en los manuscritos, aunque sí la glosa 7.^a «nueve dias continuados», que equivale a la glosa 18 del ms. toledano «fasta IX dias» —que engloba la 19— donde hay mención de la palabra guía de la glosa anterior del incunable, y la glosa 21, que engloba la 22, del ms. escurialense «nueve días»; la glosa 8.^a del incunable «por confieso» no parece encontrar reflejo en el manuscrito toledano, pero sí en el manuscrito escurialense aunque con dudas: glosa 23 «por

confiesso», que engloba la glosa 24, y glosa 25 «sea avido por confiesso»; esta doble equivalencia se explica por ser de una segunda mano la glosa 25 del ms. escurialense.

La glosa 9.^a del incunable «sea dada sentencia» encuentra equivalencia en la glosa 12 «aunque non sea dada sentencia contra el sobre» del ms. toledano y en la glosa 26 «sobre esto» del ms. escurialense, que tiene como palabras guías las que siguen a las utilizadas por el incunable y que todavía encuentran un reflejo en el ms. toledano. Finalmente la glosa final del incunable, la décima, «e si el procurador» encuentra reflejo en la glosa 13 del ms. toledano «Et si el procurador» y en la glosa 27 del ms. escurialense «non responder», aunque aquí pudiera discutirse esta identificación, ya que la ley dice «et si el Procurador fuere rebelle, é non respondiере al dicho plaço», pero también las otras identificaciones con «non queriendo responder», «sea tenuto de responder», «et si así non respondiере», son todavía más discutibles, salvo la última, que está en la misma situación; aquí son razones evidentes que se mostrarán a continuación las que han aconsejado la identificación propuesta.

Me he limitado a aproximar las citas por las voces guías, pero aun antes de acometer el examen de su contenido puede señalarse, creo, una primera constatación: si las glosas siguen el orden de las palabras contenidas en la ley, las glosas del ms. toledano no observan tal orden, al menos tal como han sido editadas. Si ahora citamos de acuerdo con los principios indicados el orden de las glosas del incunable y sus equivalencias, nos encontraríamos con la siguiente situación: 1.^a, sin equivalencias; 2.^a, sin equivalencias; 3.^a, sin equivalencias; 4.^a: ms. Tol. 14-15 y 16; ms. Esc. 16, 17, 18 y 19; 5.^a = ms. Tol. 17 y ms. Esc. 20; 6.^a, sin equivalencia; 7.^a = Tol. 18 y Esc. 21-22; 8.^a = Esc. 23-24 y 25, que reitera la anterior; 9.^a = Tol. 12 y ms. Esc. 26 y, finalmente, 10.^a = ms. Tol. 13 y ms. Esc. 27. Hay por lo tanto una primera constatación: el orden observado en el ms. Toledano es extraño, ya que las glosas 12-13, que aparecen al principio de este manuscrito toledano, son aquéllas que debieran aparecer al final, ya que comentan las palabras que se encuentran al final de la ley.

Hay otro hecho que puede constatar un lector atento de los trabajos de Pérez Martín y de estas observaciones: los datos ofrecidos por Pérez Martín deben constatarse. Debe tenerse presente

sin embargo que estas observaciones se han realizado únicamente sobre las glosas que aparecen impresas dentro del título VII del Ordenamiento de Alcalá y por ello las conclusiones son válidas únicamente dentro de estos límites.

Me limitaré a continuación a aproximar los textos de las glosas siguiendo su orden de aparición en el incunable, reservando para el final algún comentario. Para no romper la unidad del texto de las glosas procuraré reproducirlos íntegros, aunque haga divisiones en el texto de las glosas del incunable identificables con las letras del alfabeto para permitir las aproximaciones; estas letras aparecerán también en las glosas de los manuscritos a identificar con aquellas divisiones. Entre paréntesis colocaré aquellos fragmentos que no deban tomarse en consideración en aquel coejo y, finalmente, en el texto de las glosas escurialenses subrayaré aquella palabra o palabras que apartan su redacción del texto de las glosas toledanas, que aparecerán pues en cursivas en el texto impreso.

Utilizando la numeración correlativa que he dado a las glosas de incunable, tendríamos que la glosa 1.^a («por que se aluenga») no encuentra reflejo en las glosas toledanas y escurialenses. La glosa 2.^a («derechamente») plantea la cuestión en el incunable de aquellas respuestas que al no ser afirmativas ni negativas dan lugar a discusiones sobre si producen o no la *litis contestatio*. Una tal cuestión no se encuentra planteada con tal extensión en las glosas manuscritas, pero puede admitirse que existe un inicio de la misma:

Gl. 2 «derechamente»

Que tenet quod si aliquis vigore statuti tenetur pute litem contestari vel respondere posicionibus et respondet cum aliqua plica (*sic*) incidit in penam statuti et etiam hoc tenet ipsemet Bar. in l. 1. ff. de verbo. obli. in & si quis simpliciter et in l. 1. ff. de uulga. et pupi. substi. ex quo apparet quod dicta illorum doctorum non possunt huic legi applicari propte verba sua DERECHAMENTE et ex his deciditur alia quaestio ..» ¹¹³.

Tol. 14

En la dicha ley «de la contestacion de los pleytos», super verbo

¹¹³ Ed cit. 96 r^o=7 r^o

«sea tenuto de responder derechament». Nota in eo quod dicitur «derechament» ergo si aliter incidit in penam huius legis ad factum, quod habetur per Bartolum in lege prima, & si quis simpliciter, Digesto, de verborum obligationibus, et lege prima, Digesto, de vulgari et pupillari substitutione. (Sed si actor vel coram iudice non compenti proponatur libellus vel fit litis contestatio, habetur pro non posita vel non facta, et sententia super hoc lata es nulla. De hoc, glosa, Institutionibus, de obligationibus, in principio, super parte secunda, in fine. De quo per Joannem Fabrum in lege Si pater, Codice, ne de statu defunctorum, et ibi etiam glosa, et de hoc etiam vide per doctores in lege Si pupillus, Digesto, de verborum obligationibus) ¹¹⁴.

Esc. 18 («derechamente». 3.^a).

Nota in eo quod dicitur «derechament», ergo si aliter *respondet* incidit in penam huius legis. *Ad quod facit quod notat Bartolus* in lege 1, & si quis simpliciter, Digesto, de verborum obligationibus, et in lege 1, Digesto, de vulgari et pupillari substitutione ¹¹⁵.

Tampoco la glosa 3.^a («maliciosos») encuentra reflejo en las glosas manuscritas toledanas y escurialenses.

La identificación plena comienza con la glosa cuarta del incunable, «la demanda», que por su interés reproduciré, aunque sea extensa:

Gl. 4.^a «La demanda».

LA DEMANDA. (A) Quod intellige verbum si est principaliter proposita secus si secundario vel intermixta fiat aliqua petitio per reum uel per actorem quia in talibus non habet locum pena huius l. de quo uide l. fi. in ordinamento tauri regis henrici. (B) Sed numquid haec contestacio potest fieri die feriato uel quod si iudex presens non est vel notarius circa hoc et circa multa alia dubia uide unam l. singularem que est eiusdem regis in dicto ordinato et est XXIII .iii. que incipit otro si por QUANTO. (C) Item .iiii. quaero quod si coram iudice incompetenti proponatur libellus petitionis actoris et reus non respondet in hunc terminum contestando li-

¹¹⁴ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 265-266, que en n. 72. «En las glosas atribuidas a Montalvo f. 7 r (derechament 1.^a) y 7rv (quanto) se recogen en dos glosas, esta última uniéndola a la glosa 15 de Balboa » Para estos cotejos no entro en el alcance de la afirmación de PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 257, n. 67.

¹¹⁵ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 142-143, que dice en n. 59. «Esta glosa es recogida más extensamente en las del MS toledano n. 14 y en las incunables, f. 7r (Derechament 1.^a).»

tem dico quod non habetur pro confesso ad quod facit quod notat glo. in l. si pater C. ne de sta. defun. et ibi io. fa. et glo. in c. ut debitus. de appe. et in c. illud de prescriptio. ubi utrobique habetur quod litis contestatio facta coram incompetenti iudice non interrumpit prescripcionem. de quo uide etiam per docto. in l. si pupillus ff. et facit quod notat specu. in ti. de compe. iudice addi. & excipi potest. verbo quod si comitens (D) ubi quaerit quod si delegans tempore delegacionis non habeat iurisdictionem postea illam iurisdictionem adeptus est an ualet delegacio et dicit quod non ff. rem ra. ha. l. fi et ff. de officio proconculi l. obseruare & fi. et facit glo. et quod ibi notat panormi. in c. prudenciam in glo. magna in fi. de ofi. dele. et bar. in l. multum interem ff. de condicio. et demunstracio. (E) Item quaero quod si facta fuit litis contestatio coram ero quod non habebat iurisdictionem et postea adeptus est et dicit quod non ualet nec etiam acta prius facta coram eo nec etiam talis contestacio interrumpit prescripcionem ad hoc iura supra alle. et de iudiciis. ac si clerici et ad hec omnia facti glo. magna in c. cum plures de officio dele. l. vi. (F) Et idem si a principio habuit iurisdictionem cognoscendi et postea perdidit eam quia sententia postea lata non ualet in c. auditis, extra. de elec. XVI. q. iii. & potest et notat glo. in simili in c. cum uenisset de testi. secundum vicencium cuius est quasi tota hec glo. ¹¹⁶.

Tol. 16

In eadem lege, super verbo dicto Derechament a la demanda. (A) Si principaliter proposita, secus si secundarie vel intermista fiat aliqua petitio per reum vel per actorem, quia in talibus non habet locum pena huius legis. De quo finali lege ordinacionis ordinamenti de Thauro ¹¹⁷.

Tol. 14

(En la dicha ley «de la contestacion de los pleytos», super verbo «sea tenuto de responder derechament». Nota in eo quod dicitur «derechament» ergo si aliter incidit in penam huius legis ad factum, quod habetur per Bartolum in lege prima, & si quis simpliciter, Digesto, de verborum obligationibus, et lege prima, Digesto, de vulgari et pupilari sustituiione.) (C) Sed si actor vel coram iudice non competenti proponatur libellus vel fit litis contestatio, habetur pro non posita vel non facta, et sententia super hoc lata est nulla. De hoc, glosa, Institutionibus, de obligationibus, in principio, super parte secunda, in fine De quo per Joannem Fabrum in lege Si pater, Codice, ne de statu defunctorum, et ibi etiam glosa,

¹¹⁶ Ed cit 96 r.º-v.º=7 r.º-v.º

¹¹⁷ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 266, quien en nota 81 dice: «Esta glosa es recogida en las atribuidas a Montalvo, f. 7 r (La demanda) sin citar a Vicente »

et de hoc etiam vide poper doctores in lege Si pupilus, Digesto de verborum obligationibus ¹¹⁸.

Tol. 15

(D) Super ista parte non competente delegans tempore delegationis non habet jurisdictionem, postea illam jurisdictionem adeptus, an valeat delegatio. Dic non, Digesto, rem ratam haberi, lege finali, et de officio proconculis legati, & finali, lege Observare. (E) Quid si fuit facta litis contestatio coram eo qui putatur habere jurisdictionem. Dic quod non, nec etiam talis contestatio litis interrumpit praescriptionem, Codice, ne de statu defunctorum, lege Si pater, Extra de judiciis, Ac si clerici, et capitulo Ut debitus, in principio, de apelationibus, ubi de hoc. (F) Idem est et si a principio habuit jurisdictionem cognoscendi et postea perdidit, quod sententia lata non valet, quia quod nullum est ipso iure, ratum haberi non potest, ut in capitulo Auditis, Extra, de electionibus, XV, quaestione III, & Potest, et legit aliter hic Speculator, in titulo de iudice delegato, & Excipi potest, versu Quod si comitates» ¹¹⁹.

Esc. 19 («a la demanda». 4.ª)

(A) *Subaudi* principaliter proposita, seccus si secundario vel intermixtim *faciat aliquam petitionem reus vel actor*, quia in talibus non habet locum *huius legis pena*. De quo vide *legem finalem domini Henrici in dictis curis de Tauro* ¹²⁰.

Esc. 23 («por confiesso». 7.ª)

(C) *Hoc este verum si petitio proponatur coram iudice competenti alias si coram iudice incompetenti proponatur libellus vel fiat litis contestatio, habetur pro non posita vel non facta*. De quo vide *Joannem Fabrum in lege Si pater*, Codice, ne de statu defunctorum et ibi glosa. *Vide legem Si pupillus* et ibi doctores, Digesto, de verborum obligationibus (et Antonium de Butrio in capitulo finali, de confessis, ubi tenet quod confessio vera non nocet confitenti si sit facta coram iudice incompetenti nec meretur executionem, licet Antonius facit ibi differentiam utrum iudicio talis iudicis sit prorogabilis vel non. Tamen Bartolus tenet indistincte quod si non

¹¹⁸ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 265-266. Vid. supra n. 114

¹¹⁹ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 266, en nota 80: «Esta glosa es recogida junto con parte de la precedente en las atribuidas a Montalvo, f. 7 rv (quanto) citando a Vicente, "cuius est quasi tota hec glosa".»

¹²⁰ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 143, que en n. 60 «Esta glosa es recogida tanto en las del MS toledano n. 16 como en las incunables, f. 7r (la demanda)»

nocet vera confessio coram incompetenti iudice, ergo nec ficta, ut in lege ista et per eum in lege) ¹²¹.

También encuentra equivalencia la glosa 5.^a

Gl. 5.^a «Contestando el pleito».

CONTESTANDO EL PLEITO. (A) Sed quaero numquid ista l. habet locum in causis criminalibus ubi agitur de crimine criminaliter et credo quod non. primo quia ista l. dicit quod procurator uel ipse eam contestetur sed procurator non potest in causa criminali interuenire in l. principaliter & ad crimen ff. de publicis iudiciis. ergo etcetera. Et ita determinat eciam similiter Bal. in reporto. in verbo contumax, in productione instrumenti et adicit ad hoc l. fi. C. de fide instru. (B) Sed quinto quaro quid in querella iniurie et uidetur idem quod et de causa ciuili si ciuiliter est intentata. Sed e contra uidetur, ut est text. in l. ii. ti. ii. li. iij. in foro legum ubi criminaliter intentatam sed illud de iure comuni intelligitur secundum uicencium ¹²².

Tol. 17.

In eadem lege, super cerbo «contestando el pleito». (A) Ista lex habet locum in civili, secus in criminali. Ita notat Baldus, in Summa, in parte «contumax in productione instrumenti» et ad hoc inducit lex finalis, Codice, de fide instrumentorum, et patet hic ubi dicit «pleito». (B) Sed si querella quod jure non, uidetur idem quod de causa civili, ut Foro legum, lege 3.^a, titulo 2.^o, libro 4.^o. Sed de jure comuni intelligitur ¹²³.

Esc. 20 (el pleito 5.^a)

(A) *Attende quod dixit «pleito». Seccus vero si causa sit criminalis, nam tunc non habet locum hec lex.* Ita notat Baldus in summa in parte contumax, in fine, in productione falsi instrumenti. Et ad hoc inducit lex finalis, Codice, de fide instrumentorum, et patet hic ubi dicit «pleito» ¹²⁴.

¹²¹ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit 145 y n 78 «Se deja en blanco el lugar para poner el resto de la cita de Bartolo Esta glosa no se recoge ni en las del MS toledano ni en las incunables.»

¹²² Ed cit 96 v °=7 v °

¹²³ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 266-267 y n. 84. «sed si-non) En las glosas atribuidas a Montalvo es 4 2 2 Ninguna de las dos citas parece corresponder a la edición actual» y n 85 «Esta glosa se recoge en las atribuidas a Montalvo f. 7v (contestando el pleito) citando a Vicente »

¹²⁴ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit 143 y n 63. «Esta glosa se recoge tanto en las del MS toledano n 17 como en las incunables, f 7 v (contestando el

Veamos a continuación la glosa 6.^a, a la que haremos seguir inmediatamente la glosa 7.^a, ya que para la primera no hay equivalencia exacta, aunque sí se ocupa de una materia que parece encontrar también acogida en las glosas de los manuscritos.

Gl. 6.^a («Easta»).

EASTA (A) sed an ista dicio usque includat uel excludat illum nouum diem dic ut notat Bar. in l. Patronus ff. de le. tercio. et hen. in c. constitutus de in inte. resti. et idem Bart. in tractatu ad uerbicorum et glo. et docto. in c. 1. de ordi. ab episc. ¹²⁵.

Gl. 7.^a («nueve días continuados»).

NUEVE DIAS CONTINVADOS. (B). aduerte quia l. ista uult quod isti dies sunt tempus continuum et non utile. de quo tempore uide glo. in cle. i. de in inte. re. et io. an. in c. quia diuersitatem in fi. de conces. preben. **(C)** Sed quaero septimo an currant de momento ad momentum io. fa. dicit quod sic. in & 1. super glo. insti. quibus non est permi. fa. testa. **(D).** VIII. quaero an iudex possit abbreuiare istum terminum qui uidetur dari a lege sine ministerio iudicantis. Bar. tenet quod sic, cum causa iusta que sit una de decem causis qualis ibi ponit et refert panormi. in c. ii. de dilacio. Sed in contrarium est communis opinio docto. nam 1a. de are. in l. ii. ff. de re iudi. ubi bar. posuit sua oppi. tenet contra et idem tenet glo. et dy. in regula indultum de regulis iuris l. vi. et glo. et garsi et guiller. et archi. in c. cupientes & quod si per uiginti de elec. l. vi. et glo. et docto. in c. dilectus et lacius in c. cum sit romana de appe. et docto. legiste in autentica quia semel C. quon. et quando ius. omnis unanimiter concludentes quod terminus datus a lege sine ministerio iudicantis abbreuiari uel alongari non potest per iudicem qualis terminus est iste et hoc credo uerius licet fallit in causa gabellarum quoniam peticio gabellatoris in scriptis non proponitur nam tunc infra triduum debet fieri contestacio in l. quaterni regis io. secundi que incipit OTROSI ES MI MERCED. **(E)** Item nono quaero quod si iudex abbreuiauit et pars ad illum terminum abbreuiatum non contestatus est litem an habebitur pro confesso uide notata in alle. l. 1. nam ex proxima quaestiones resultat solucio istius quaestionis nam ex quo non potuit iudex abbreuiare pars non dicitur confiteri ¹²⁶.

pleito). En estas últimas aparece como autor Vicentius y la obra de Baldo aparece denominada como Reportorio.»

¹²⁵ Ed. cit. 96 v^o=7 v^o

¹²⁶ Ed. cit. 96 v^o-97 r^o=7 v^o-8 r^o

Tol. 18

In eadem lege, super verbo «fasta IX dies». (C). Isti dies computantur de momento ad momentum. Ita notat Joannes Faber, Institutionibus, quibus non est permissum facere testamentum. (Esta contestación «puede... (se reproduce aquí C. Toro (1371) cap. 31)... dichos es». Et asy lo declara una ley que comienza «Otrosy por quanto» que esta en el ordenamiento de Toro que fizo el rey don Enrique, fijo del rey don Alfonso, era de mil et quatrocientos et IX) ¹²⁷.

Tol. 19

Super parte «momentum». (A). Sed quero tamen qui dies dati termini computenter. Jacobus Butrigarius dicebat, aut judex dixit: do tibi terminum trium dierum, et non computantur dies dati, terminum intelligitur enim de proximis sequentibus, lege Eum qui kalendis, Digesto, de Verborum obligationibus aut dicit: do tibi terminum hinc ad decem dies, et tunc debet computari, vide Digesto, de senatoribus, lege Nuptii, & primo, de momento ad momentum. Facit Digesto, de minoribus, lege tertia, & Minorem, Digesto, quando apelandum sit, lege prima, & Dies, in lege prima Digesti, Si quis cauciones, per Bartolum. Vide etiam in lege Patronus, de legatis tercio. (D-E) Sed an isti IX dies posunt per judicem breviare et si judex breviavit et pars infra terminum datum a judice non contestaverit, an debet haberi pro confesso ¹²⁸.

Esc. 21 («nueve dias. 6.^o).

(C). Isti dies computantur de momento ad momentum. Ita notat Joannes Faber, Institutionibus, quibus non est permissum facere testamentum. (A). Sed quero *nunquid* dies dati termini *computetur in termino*. Dominus Jacobus Butrigarius dicebat *sic*, aut judex dixit: do tibi terminum trium dierum, et *tunc non computatur* dies dati *termini*, intelligitur enim de proximis sequentibus, *ut* lege Eum qui kalendis, Digesto, de verborum obligationibus. Aut *dixit*: do tibi terminum *ex hinc* ad decem dies, et tunc debet computari, vide Digesto, de senatoribus, lege *Nupte*, & 1. De momento ad momentum facit Digesto de minoribus, lege III, & Minorem, *et quando appellandum sit*, lege 1, & Dies, *et* lege 1, Digesto, si quis cauciones, per Bartolum, *et plenius per Angelum*. Vide etiam *per Bartolum* in lege Patronus, & 1. Digesto, de legatis III.^o ¹²⁹.

¹²⁷ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 267 y n. 88 «Cf. Cortes (supra n. 81), II, 201 donde se contiene con muy leves variantes el texto de la ley citada. Esta glosa no se recoge en las atribuidas a Montalvo.»

¹²⁸ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 267-268 y n. 96: «Esta glosa no es recogida en las atribuidas a Montalvo.»

¹²⁹ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 143-144 y n. 71: «Esta glosa es recogida en las del MS toledano núms. 18-19, pero no en las glosas incunables» y

Esc. 22

Et esta contestaçio puede ser fecha... (se reproduce aquí C. Toro (1371) cap. 31)... como dicho es», *ut per regem Henrricum in ordinamento de Toro, lege penultima* ¹³⁰.

Las glosas 8.^a y 9.^a encuentran un reflejo muy variado en las glosas de los manuscritos. Debe tenerse presente que estas glosas continúan una serie seguida de cuestiones, que se había iniciado en glosas anteriores, lo que hace difícil su aproximación con las glosas de los manuscritos. Para facilitar esta aproximación, copiaremos a continuación, una después de otra, las dos glosas citadas prescindiendo de aquellas partes que no encuentran reflejo en las glosas de los manuscritos, y a continuación recogeremos las glosas de los manuscritos que parecen encontrar un reflejo —sea fiel, sea desde el punto de vista de los argumentos tratados— en las glosas del incunable.

Gl. 8.^a («por confiesso).

POR CONFIESSO. (A)... Aduerte tamen quod licet in huius vera confessio et ficta conueniant tamen diferunt et discrepant circa prorogacionem iurisdictionis nam per veram confessionem et verum confessu(m) quam quis exprimit coram iudice non suo potest in eum prorogare iurisdictionem ut nota in c. p. et g. de ofi. dele. tamen per fictam confessionem inductam per l. vel statutum contra aliquos contumaces non uidentur ipsi in iudicem contra eos procedentem uelle in eum prorogare iurisdictionem suam si alias non erat eorum iudex nec ratione originis uel domicilii uel delicti nam semper poterit opponere contra talem sententiam per fictam confessionem latam de incompetencia iurisdictionis ut tenet bar. in l. si quid ex quicumque causa ff. si quis in ius uoca. et in l. si conuenierit ff. de iurisd. omni .iudi. et bal. in l. i. C. ubi de crim. quod multum nota. pro ex bannitis.

(B) Sed quaero .X. nunquid ista ficta confessio transseat ad heredes et dic quod non ut est tex. et ibi nota. bar. in l. eius qui delatorem ff. de iur. fisci. et in l. i. ff. de priua. delict et per bar in l. ex iudiciorum ff. de accusaci. licet fallit in casibus quos notat ibi

n 72 «Cortes de Toro de 1371, ley 31 Cf Cortes (supra n 57), II, 201 donde se contiene con leves variantes el texto aquí reproducido. Esta glosa se recoge en las del MS toledano n 18, pero no en las glosas incunables » No reproduzco el texto del mencionado capítulo de Cortes.

¹³⁰ Vid supra n 129.

bar. et in l. ii. ff. de hiis qui sibi mortem concitant. scilicet in crimine lese maiestatis et in crimine hereseos et in cau. illius l. ii. quod nota. quia nota. quia raro inuenies.

(C). XI. quaero an possit aliquae exceptiones opponi contra talem fictam confessionem uidetur quod non quia tamen operatur tacita confessio quantum expressa ut notatur in autentica per principales C de iura ca. et supra dixi quia sicut... haec ratio est domini bar. in l. creditor & iussus ff. de appel... et ita quod nisi confessio expressa non esset contra naturam facti uel iuris non recipit aliquid in contrarium quod non sit contra eius naturam sed quod sequentes declaratio condemnationis iuxta formam et sententiam l. inderacius ff. ad l. acquil. ad quod etiam uide quod habetur in l. in confessoribus et l. se. ff. de interro. acci. quod nota quia raro inuenies talia puncta de ficta confessione Et ex hiis infert alia quaestio.

(D) XII. quod si nullo opponere aliquam exceptionem contra talem fictam confessionem sed ex quo in nouem dies non contestatus sum litem fateor me confessum tamen in .xx. dies ab isto die noue uolo opponere exceptionem meas peremptorias ad elidendum intentionem tuam super principali questione ut pacti conuenti et iurisurandi et prescripcionis nunquid possum et dic quod sic quia ista l. non prohibet hoc ymo uidetur esse casus de hoc in eo ti. viii. l. i. et i. x. l. l. nam certum est quod pro istam fictam confessionem litem contestatus sum confirmando petitionem actoris immo post contestatam exceptiones peremptorias usque ad .xx. dies proponere nullo. quod non. nam a multis etiam sic obseruatur tamen a pluribus ignoratur et per maxime ab auuocatis nouis quae per hoc eliditum hec. ¹³¹.

Gl 9.^a («sea dada sentencia»)

SEA DADA SENTENCIA. (E) Et sic uidetur.. (F).XII quaero... (G) XIII. quaero nunquid iste poterit appellare ab ista pronunciacione confessionis et uidetur quod non quia a pena legis non appellatur ut notat glo. in c. super hiis. de actu. et ext tex. in l. si quis pena ff. de verbo signi. et in c. quia non de appe. et per hanc rationem tenuerunt aliquae in alle. c. fi. quod ille confessus de quo ibi ex eo quod de calump. noluit iurare non audiatur appellans de quo per Specu. in ti. de iura calump. & ultimo tamen glo. in alle. l. creditor & iussus quam aprobat ibi bar. tenent quod iste talis fictus confessus eo quod de calumpnia iurare noluit bene auditur appellans nam iste est fictus contumax immo bene auditur nam uerus contumax in non ueniendo si non est manifestus bene auditur appellans ut notat glo. in cle. una de do. et c. contu. immo aforciori fictus poterit de quo est etiam glo. in l. et prius edictum et ibi tex. in fi. ff. de iudi. propterea iste que non uult de calumpnia iurare

¹³¹ Ed. cit 97 r.^o-98 r.^o = 8 r.^o-9 r.^o

aut non respondere contestando|est contumax in non parendo sea non exhibendo et talis bene potest appellare ut notat glo. in alle. l. et prius edictum et in allega. cle. una que ponit rationem diversitatis inter hos duos contumaces in non ueniendo et in non parendo uel exhibendo et per hoc est tex. in alle. & iussus quod credo uerius uide tamen lacijs abbatem in c. fi. de iura. ca. de qua quaestione uide eciam ia. butri. in alle. autentica per principales secundum Uicenciu. Et quod supra dixi quod a pena l. non appellatur per iura supra alle. tamen bene appellari potest a declaratione sententiae legis facta per hominem. ista est glo. singularis et multum specialis in c. cupientes & si per .xx. in verbo pruiatos de elec. li. vi. et tenet panor. in c. peruenit de appe. q. glo. corroborat hanc ultimam partem et per eam respondetur ad alle. c. quia. nos quod notat ¹³².

Tol. 12

En el título «de la contestacion de los pleytos», in lege prima, super verbo «aunque non sea dada sentencia contra el sobre» (C) Sed nunquid potest appellare vel etiam aliquas exceptiones vel alias post talem confesionem factam ponere, dic de his per Jacobum Butrigarium super autentica Principales, de juramento calupnie, et Digesto, de apellationibus, lege Creditor, & Iussus, et uide ibi glossam et Bartolum, nam tam operatur ibi tacita confesio quam expresa, ut ibi notatur, ita quod nisi confesio esset contra naturam factam vel iuris, non recipiat probationem in contrarium, sed facta declaratio condepnationis lege sequenti, et lege Proinde, & finali, et lege sequenti, Digesto, Ad legem Adquiliam. Ad quod etiam uide quod habetur in lege Confesionibus, et lege sequenti, Digesto, de interrogatoriis actionibus. Nota plus se habet ficta confesio pro lege indicta disponente certa eadem quam confesio expresa, ut hic et ibi. ¹³³

Esc. 23 («Por confiesso. 7.º)»

(Hoc est uerum si petitio proponatur coram iudice competenti, alias si coram iudice incompetenti proponatur libellus uel fiat litis contestatio habetur pro non posita uel non facta. De quo uide Joannem Fabrum in lege Si pater, Codice ne de statu defunctorum et ibi glosa. Vide legem Si pupillus et ibi doctores, Digesto, de uerborum obligationibus) (A) et Antonium de Butrio in capitulo finali, de confessis, ubi tenet quod confessio uera non nocet confitenti si sit facta coram iudice incompetenti nec meretur executionem,

¹³² Ed. cit. 98 r^o-v.^o=9 r^o-v.^o

¹³³ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas» cit 264-265 y n 60 «Esta glosa se recoge algo modificada en las glosas atribuidas a Montalvo, f 8 v (por confiesso) y 9 v (sea dada sentencia).»

licet Antonius facit ibi differentiam utrum iudicio talis iudicis sit prorogabilis vel non. Tamen Bartolus tenet indistincte quod si non nocet vera confessio coram incompetenti iudice, ergo nec ficta, ut in lege ista et per eum in lege.¹³⁴

Esc. 24.

(D). Item quid si iste reus habet exceptiones que impediunt litem contestationem, vel alias peremptorias, et per negligenciam omisit contestare litem, nunquid post novem dias potest eas opponere et habeant locum. In hoc casu cogita et de istis exceptionibus vide per doctores in capitulo 1, de litem contestatione, libro VI et per Bartolum in lege Conquerebatur, Digesto, de iudicatum solvi et in lege Non postea, de iure iurando et in lege finali, Digesto, pro socio, in exceptione prescriptionis, et in lege Postquam liti, Codice, de pactis, in exceptione reuincationis litem. Et vide ibi Baldum, qui ponit plene materiam de omnibus exceptionibus litem contestationem impediendis. Adverte tamen secundum predictos doctores quia predictae exceptiones quando opponuntur ad impediendum litem contestationem opponuntur ad procesum tanquam dilatorie, ex quod infertur quod post novem dies non possunt opponi ad procesum, cum habeatur litem quasi contestata per fictam confessionem non respondentis recte petitioni infra novem dies. Utrum tamen possint opponi in vim peremptoriarum, vide que notat Bartolus in auncantica Qui propriam, de non numerata pecunia et in lege In laqueum, Digesto, de acquirendo rerum dominio¹³⁵.

Esc. 25 («sea avido por confieso». 8.º)

(B) Intellige post secundam condepnationem, alias non habetur pro confesso, nec nocet heredibus, ut notat Bartolus in lege Ejus qui, Digesto, de iure fisci, et in lege 1, Digesto, de privatis delictis, circa principium, et in lege Ex iudiciorum, de accusationibus, per eundem et in lege Manifeste, in fine legis, Digesto, de iure iurando et in lege Delatores, Digesto, de iure fisci.

(D y G) Et circa hoc vide ad probandum an potest post X dies licet appellare et opponere exceptiones si non est contestata litem. Et dico quod sic. Primo, quia confessus et condepnatus auditur appellans ad hoc ut probet errorem suum, et per hoc revocatur confessio, notat glosa et Bartolus in lege Creditor, & Iussus, Digesto, de appellationibus et quia licet respondere positioni. Credo tamen quod possum eam revocare ecciam post sententiam, notat Bartolus, Codice, de iuris et facti ignorantia, lege Error, ergo multo magis quando confessio est ficta. Secundo, quia confessus in iudicio erronee

¹³⁴ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit 145 y n. 78 Vid supra n 121.

¹³⁵ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 145-146, n 86. «Esta glosa no se recoge en las del MS toledano ni tampoco en las incunables.»

non... Tertio, quia si michi est assignatus terminus ad apponendas exceptiones, lapsso termino si veniunt ad meam notitiam aliquae exceptiones possum opponere, ut notat Bartolus in dicta lege Error. Ergo non obstante terminus a lege datus, si post veniunt ad meam notitiam possum opponere istis rationibus ab posita in lege de Alcalá, in criminibus ibi quod in glosa posita, non obstante quod a pena legis non appellatur, ut Codice, de usuris, lege penultima. Quod fateor quia lex punit in hoc quod habetur pro confesso. Et de hoc non appellatur. Se ad probandum contrarium mee fictionis seu fide confessionis, vide Baldum in adiectionibus Speculi, in titulo de appellationibus, in fine ¹³⁶.

Esc. 26 («Sobre esto» 9.^o).

(C) Sed nunquid *et tunc* potest appellare, vel etiam aliquas exceptiones *peremptorias*, vel alias post talem fictam confessionem *opponere*. Dic de hiis per Jacobus Butrigarium in auctentica Principales, Codice, de jure jurando propter calumpniam et Digesto, de appellationibus, lege Creditor, & iussus. Et vide ibi glosam et Bartolum, nam tantum operatur ibi tacita confessio *quantum* expressa, ut ibi notatur, ita quod nisi confessio esset contra naturam *facti* vel *juris* non recipiat probationem in contrarium, sed *sequatur* declaratio condemnationis iuxta formam et sententiam legis *Inde Veratius, & finali, et legis sequentis*. Vide quod habetur in lege Confessionibus, et lege sequenti, Digesto, de interrogatoriis actionibus. *Attende tamen quod in plus se habet confessio ficta per legem inducta disponentis circa eadem quam confessio expressa* ¹³⁷.

La última glosa del incunable en este título es la décima, de la que sólo interesa su primera parte.

Gl. 10.^o («E si el procurador»)

E SI EL PROCVRADOR per hoc corrigitur quod habetur in l. proinde & sed procuratori ff. ad l. acquil. de ffi. si quis ius dicere l. 1. & sed procurator iuncto & si procuratorem dele. iii. ff. quod quisque iuris et l. ex hoc edicto & plane in fi. de eo per quam factum erit et ff. quando appellandum sit l. i. in fi. ¹³⁸

¹³⁶ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 146-148 y n. 99. «Esta glosa escrita por una segunda mano, no aparece ni en las glosas del MS. toledano ni en las incunables.»

¹³⁷ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 148 y n. 108. «Esta glosa no se recoge en las del MS toledano y sólo muy parcialmente en las incunables, f. 9rv (sea dada sentencia) citando a Vincentius.»

¹³⁸ Ed. cit. 98 v.º=9 v.º

Tol. 13.

En el título «de la contestacion de los pleitos» in dicta lege 1, super verbo «et si el procurador». Et per hoc corrigitur quod habetur per glosam in lege Proinde, & Sed procurator, Digesto, Ad legem Aquiliam, et Digesto (si quis) ius dicenti non obtenperaverit, lege 1, & sed procurator, et lege Invito, & sed procurator, de legatis tertio, Digesto, quod quisque iuris, lege Ex hoc edicto, & Plane, Digesto, de eo per quem factum, et Digesto, quando apellandum sit, lege prima, & finali»¹³⁹.

Esc. 27 («non responder». 10.º).

Per hoc corrigitur quod habetur per glosam et doctores in lege *Provide & et si procurator*, Digesto, ad legem Aquiliam»¹⁴⁰.

Las conclusiones que quiero exponer son, como es natural, provisionales, ya que no derivan de un examen de todas las glosas atribuidas a Arias de Balboa; quieren llamar únicamente la atención sobre esa identificación, basada en una pura intuición, de las glosas contenidas en los manuscritos toledano y escurialense como propias de Arias de Balboa. El único argumento a tomar en consideración es la existencia de glosas firmadas por Arias de Balboa en los dos manuscritos citados, que autoriza según Pérez Martín a extender la autoría de Arias de Balboa al resto de las glosas. Ahora bien, quiero precisar que aquí no se discute sobre si Arias de Balboa es o no autor de unas glosas al Ordenamiento de Alcalá, sino de si las glosas que hoy se nos conservan en los manuscritos citados son las de Arias de Balboa, frente a las contenidas en el incunable, que son una reelaboración de las glosas de Arias de Balboa.

Hay un primer argumento: en las glosas del incunable hay una firmada por Arias de Balboa; esta glosa firmada reaparece también en las glosas de los manuscritos toledano y escurialense, pero con modificaciones. Si se acepta que la firma de una glosa es prue-

¹³⁹ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit 265 y n. 66 «Esta glosa es recogida en las atribuidas a Montalvo f 9 v (e si el procurador) sin citar a Vicente »

¹⁴⁰ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit 149 y n 109 «Esta glosa no se recoge ni en las toledanas ni en las incunables » Cf. el cuadro en p 211.

ba de su autenticidad, debería concluirse que el texto auténtico de la glosa de Arias de Balboa se encuentra en el incunable, por lo que los manuscritos toledano y escurialense, conservando las glosas de Arias de Balboa, no las conservan sin embargo en toda su pureza, que es lo que vengo poniendo de relieve.

Puede afirmarse, sin embargo, que la perfecta coincidencia en cuanto al texto de la glosa firmada mencionada en los dos manuscritos toledano y escurialense debe llevar a concluir que el texto auténtico de la glosa se encuentra en los citados manuscritos, mientras el incunable recoge la glosa de Arias de Balboa, pero con un texto modificado. Es decir, el incunable nos autorizaría a afirmar que la mencionada glosa es de Arias de Balboa, pero son los manuscritos toledano y escurialense quienes conservan el auténtico texto de Arias de Balboa. Subrayo que este criterio no me parece legítimo, pero conduce, además, a mi entender, a unas conclusiones contrarias a las que se quiere mantener. Si la recuperación del texto auténtico de la glosa de Arias de Balboa debe basarse en la perfecta identidad en el texto de las glosas contenidas en ambos manuscritos, se plantea inmediatamente el problema de las glosas que sin firma aparecen únicamente en uno de ellos y de las glosas que apareciendo en ambos manuscritos ofrecen, sin embargo, diferencias en su texto. Con las indicaciones ya hechas, pueden examinarse los cuadros de Pérez Martín para comprobar la existencia de glosas propias de cada una de las tres colecciones de glosas mencionadas —ms. toledano, ms. escurialense incunable.

Centrándonos en el título que hemos examinado, hay una primera constatación: todas las glosas del ms. toledano pueden reconducirse, de manera más o menos directa, o bien a las glosas del ms. escurialense o bien a las del incunable; Tol. 18 (2.^a parte) encuentra reflejo en Esc. 22, pero además se limita a reproducir el capítulo 31 del O. Toro de 1371, al que se reenvía claramente, aunque con error en la cita, la glosa 4 (B) del incunable. No ocurre lo mismo, sin embargo, con las glosas del ms. escurialense, pues ni la número 16 ni la número 17 encuentran propiamente reflejo en el ms. toledano y en el incunable, aunque quizá pudiera invocarse la glosa 4.^a (B) del incunable, por las razones ya apuntadas.

Ms. Escorialense 16 («procurador» 1.ª)

Scilicet, personaliter. Secus si in absentia, nam tunc serva formam legis 1, supra, titulo proximo.¹⁴¹

Ms. Esc. 17 («responder» 2.ª).

Ecciam extra iudicium, dum tamen coram iudice competente, vel notario cause. De quo vide legem regis Henrrici edictam in curiis de Tauro, lege penultima¹⁴².

También podría decirse que esta última glosa contiene un reenvío al mencionado ordenamiento de Toro, en su capítulo 31, tal como ocurre en la glosa del incunable.

Tampoco encuentran reflejo en el ms. toledano las glosas Esc. 24 (1.ª mano) y 25 (2.ª mano), que tampoco encuentran reflejo propiamente dicho en el incunable, aunque esta afirmación debe matizarse, pues pueden establecerse algunas vinculaciones entre estas glosas escorialense y las glosas del incunable, si bien al no existir, sino raramente —así, por ejemplo, el párrafo primero de Esc. 25— una coincidencia literal, cualquier aproximación puede ser discutible. Las aproximaciones han quedado hechas y aquí únicamente interesa fijarse en la mención que se encuentra en la glosa 9.ª («sea dada sentencia») del incunable: «de qua questione vide eciam in. butri. in alle. autentica per principales secundum Vicencium».

La mayor complejidad alcanzada por las glosas del incunable impiden una clara identificación de las opiniones. La glosa 8.ª («por confiesso») (C) plantea la posibilidad de oponer excepciones contra la fingida confesión, encontrando un reflejo textual en Tol. 12 y Esc. 26, en las que se cita la opinión de Jacobo Butrigrario en la auténtica «Principales» y la de Bartolo, en la «l. Creditor & iussus», opiniones que se mencionan igualmente en la gl. 9.ª («Sea dada sentencia»). Ahora bien, tanto Tol. 12 como Esc. 26 plantean no sólo la posibilidad de oponer excepciones perentorias, sino también la de apelar y esta posibilidad de apelar es la

¹⁴¹ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 142 y n. 56: «Esta glosa no es recogida ni en las del MS toledano ni en las incunables.»

¹⁴² PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 142 y n. 57: «Esta glosa no es recogida ni en las del MS toledano ni en las incunables.»

que se examina en la gl. 9.^a («sea dada sentencia»), aunque las coincidencias literales se den entre Tol. 12 y Esc. 26 de un lado y glosa 8.^a («por confiesso») (C) de otro lado, es decir la materia tratada en Tol. 12 y Esc. 26 aparece así dividida y tratada separadamente en la gl. 8.^a («por confiesso») y en la gl. 9.^a («sea dada sentencia»). Si fuesen correctas estas aproximaciones, también la mención de Vicente Arias de Balboa del incunable encontraría un reflejo en los manuscritos, perdiendo un nuevo apoyo la afirmación de Pérez Martín de que «de las 17 glosas que en las incunables aparecen atribuidas a Arias de Balboa... hay por lo menos cuatro casos en que parece ser que no hay correspondencia ni con las glosas escurialenses, ni con las toledanas».

Si se afirma que estas glosas del ms. escurialense mencionadas son de Arias de Balboa, debe concluirse que en el manuscrito toledano no se conservan todas las glosas de Arias de Balboa, sino sólo una parte; si se rechaza que estas glosas sean de Arias de Balboa, debe concluirse que el ms. escurialense conserva parte de las glosas de Arias de Balboa, pero a su lado se incluyen también glosas ajenas a este autor.

Si comparamos ahora las concordancias entre el ms. toledano y el manuscrito escurialense prescindiendo de variantes pequeñas de redacción, dentro del planteamiento de Pérez Martín, tendría que concluirse que el texto de Arias de Balboa se encuentra en Tol. 12 = Esc. 26; Tol. 14 = Esc. 18 y 23 (1.^a parte); Tol. 16 = Esc. 19; Tol. 18 = Esc. 21 (1.^{er} párrafo) y Esc. 22. No es que no existan diferencias y algunas un tanto características, que pueden verse en las aproximaciones realizadas, aunque aquí sea suficiente recordar que Tol. 16 dice «De quo finali lege ordinacionis ordinamenti de Thauro» y Esc. 19: «De quo vide legem finalem domini regis Henrrici in dictis curiis de Tauro» y que Tol. 18 dice: «Et asy lo declara una ley que comienza "Otrosy por quanto" que está en el Ordenamiento de Toro que fizo el rey don Enrique, fijo del rey don Alonso, era de mil et quatrocientos et IX» y Esc. 22: «ut per regem Henrricum in ordinamento de Toro, lege penultima», pues puede ponerse en relación con lo ya subrayado antes ¹⁴³: si son exactas mis observaciones Esc. 144 tiene un reen-

¹⁴³ Vid supra

vío a una ley 35 y Tol. 52 mencionaría una ley 57 del título 32, con lo que tendríamos que la primera glosa acompaña a un texto asistemático del Ordenamiento de Alcalá y la segunda a un texto sistemático. Con estas afirmaciones lo único que quiero subrayar es que no es posible mantener que ambos manuscritos conserven con toda su fidelidad la glosa de Arias de Balboa, ya que tuvo que ser modificada en algún punto. ¿Cuál es el manuscrito que modifica?

Y esto nos lleva a otro grupo de glosas. Tol. 13 equivale a Esc. 27, pero en este manuscrito falta «Et Digesto (si quis)... & finali»; Tol. 15 no encuentra reflejo en el ms. escurialense, aunque sí en el incunable, en una glosa que es atribuida casi en su totalidad a Arias de Balboa; Tol. 17 equivale a Esc. 20, que carece sin embargo del párrafo final, que encuentra reflejo en el incunable: «Sed si querella... intelligitur»; Tol. 19 equivale a Esc. 21, que carece del párrafo final «Sed an isti... pro confesso», que aparece desarrollado sin embargo en el incunable.

En base al incunable es evidente que Tol. 15 y Tol. 17 pueden conservar la glosa de Arias de Balboa, pero no tenemos razón alguna para aceptar que el texto en el mismo conservado sea el verdadero de Arias, sin que se haya introducido modificación alguna en el mismo; indudablemente tal como aparece Tol. 17 i.f. hay que pensar en una tradición corrompida.

Pero aun admitiendo que en estos dos casos exista en Tol. 17 el texto original de Arias de Balboa, nos queda aún el párrafo final de Tol. 19: «Sed an isti IX posunt per iudicem breviare et si iudex breviabis et pars infra terminum datum a iudice non contestaverit, an\debe haberi pro confesso». Aquí no hay una glosa propiamente dicha, entendida en cuanto aclaración de un texto, sino el planteamiento de una *quaestio*, desarrollada y solucionada en el incunable. De la misma manera que ha afirmado Pérez Martín que la frase que viene a continuación de la firma de Arias de Balboa en Esc. 42 es una adición posterior¹⁴⁴, ¿no podría decirse otro tanto de esta adición final de Tol. 19? Y entonces sería evidente que el ms. toledano conserva parte de las glosas de Arias de Balboa, pero reelaboradas.

¹⁴⁴ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit 154, n 149 bis

En el fondo el problema radica en que nos encontramos ante dos manuscritos que presentan coincidencias y diferencias; si se admite que la coincidencia entre ambos supone la posible recuperación de la obra de Arias de Balboa, necesariamente debe concluirse que la divergencia puede testimoniar o bien una selección propia por cada uno de los manuscritos toledano y escurialense de un modelo común, por lo que debe concluirse también que ninguno de los dos manuscritos tiene completas las glosas de Arias de Balboa, aunque esta explicación no sea admisible para las diferencias en una misma glosa, o bien que algunas de estas diferencias revelan una reelaboración por adición de la obra de Arias de Balboa. Y con esto volvemos a Tol. 18-19=Esc. 21-22.

Frente al texto del incunable donde hay una simple mención a determinados problemas para cuya solución existe un reenvío al Ordenamiento de las Cortes de Toro de 1371, en las glosas de estos dos manuscritos hay de un lado la reproducción por extenso de las afirmaciones de Jacobo Butrigario —el ms. toledano no lo hace, pero el ms. escurialense lo califica de *dominus*— y de otro lado la reproducción del capítulo 31 del Ordenamiento de Toro de 1371. ¿Debe concluirse, ante estas coincidencias, que ambos manuscritos reflejan la obra de Arias de Balboa? Debe recordarse, sin embargo, que aquí la forma de citar es diferente e incluso el ms. toledano cita en castellano la ley y que es aquí también donde Tol. 19 i.f. incorpora el planteamiento de una *quaestio*, que no encuentra reflejo en el ms. escurialense.

Hay dos afirmaciones en las que creo que podemos estar de acuerdo Pérez Martín y yo. Primera, Vicente Arias de Balboa es autor de unas glosas al Ordenamiento de Alcalá; segunda, glosas de Arias de Balboa —en algún caso fielmente reproducida, en la mayoría de los casos tras intensa reelaboración— se encuentran en unas glosas al Ordenamiento de Alcalá, realizadas probablemente en el siglo XV y que se encuentran impresas en el incunable editado por Parix.

A partir de estas dos afirmaciones, puede encararse el problema planteado por las glosas contenidas con los manuscritos toledanos y escurialense. A mi entender las cuestiones que estos dos manuscritos plantean son las siguientes:

1. ¿Recogen estos dos manuscritos todas las glosas de Arias

de Balboa o recogen únicamente una parte de estas glosas de Arias de Balboa?

2. Independientemente de que los manuscritos citados recojan o no todas las glosas de Arias de Balboa, ¿las glosas recogidas en los mismos son todas de Arias de Balboa o al lado de las glosas de Arias de Balboa aparecen también glosas de otros autores?

3. Estos dos manuscritos cuando recogen las glosas de Arias de Balboa, ¿las recogen fielmente o las someten, aunque sea ocasional y superficialmente, a una reelaboración?

He expuesto de la forma más neutral posible las cuestiones que en torno a la autoría de las glosas contenidas en estos manuscritos pueden plantearse, para evitar caer en discusiones puramente terminológicas; adelanto ya que desde mi punto de vista, por las razones que expondré, en estos dos manuscritos al lado de las glosas que pueden atribuirse a Arias de Balboa existen glosas de otros juristas desconocidos y que las glosas de Arias de Balboa, aunque sea de forma ocasional y superficial, han sido sometidas a revisión; pienso en consecuencia que estos dos manuscritos aun estando mucho más cercanos a la obra original de Arias de Balboa que el incunable, muestran sin embargo ya una reelaboración.

No creo que pueda darse respuesta alguna, por el momento, a la primera pregunta. Los argumentos utilizados por Pérez Martín creo que han quedado invalidados, pues no hay cita alguna de Arias de Balboa en el incunable que no se encuentre en los manuscritos y no hay glosas firmadas por Arias de Balboa en uno de estos manuscritos que no se encuentre en el otro; me remito a lo que ha quedado escrito y me limito a subrayar en todo caso las posibles discrepancias que puedan surgir en torno a la cita contenida en dos glosas del incunable. Únicamente podría afirmarse que en el ms. Escorialense sólo aparece parcialmente la glosa 4.^a («La demanda») del incunable, atribuida casi en su totalidad a Arias de Balboa, que encuentra un reflejo en el ms. toledano. Una respuesta a esta primera cuestión sólo se puede dar, por el momento, en base a lo que se dirá al responder la segunda cuestión.

Si admitimos que las coincidencias existentes entre las glosas del ms. toledano y las del ms. escorialense, cuando las mismas puedan ser atribuidas a Arias de Balboa, sea por aparecer con su firma en uno de los manuscritos, sea por recogerse su opinión o

su firma en las glosas del incunable, nos autoriza a concluir que son también de Arias de Balboa aquellas glosas que, sin firma, coinciden en su texto en ambos manuscritos o en uno de los manuscritos y en el incunable, automáticamente nos encontraríamos con el problema de aquellas glosas que sólo aparecen en uno de los manuscritos. No hay argumento decisivo para concluir que las mismas son de Arias de Balboa; si se afirma que estas glosas propias de un manuscrito son de Arias de Balboa, tiene que concluirse entonces que ambos manuscritos no conservan todas las glosas de Arias de Balboa, sino una selección; si se acepta, como ocasionalmente se ha aceptado por Pérez Martín, para alguna edición e incluso para alguna glosa del manuscrito escurialense, que estas glosas pueden deberse a otra mano, a otro jurista, esta afirmación ¿no debe extenderse también a las adiciones y modificaciones propias del ms. toledano? Tendríamos así que estos dos manuscritos ofrecen glosas de Arias y glosas de otros autores, por lo tanto podemos plantearnos ahora si la coincidencia en el texto entre ambos manuscritos debe vincularse sólo a las glosas de Arias o podemos extenderla también a las glosas de los otros autores; lo único seguro, sin embargo, es, por el momento, la existencia de glosas propias y esto nos lleva a la tercera cuestión.

Las glosas que pueden vincularse a Arias, sea por ir firmadas o por recoger su opinión, no siempre coinciden, sea en los manuscritos, sea, en un caso, con el texto firmado de una glosa de Arias, conservado en el incunable; las glosas coincidentes no siempre lo son en su totalidad. ¿De dónde proceden estas diferencias? ¿Se deben todas ellas a defectuosa tradición? Los datos han quedado recogidos y sólo llamaré la atención sobre la diferente forma de citar el Ordenamiento de Toro de 1371 en Tol. 18, en castellano, y en Esc. 22, en latín.

No pretendo dar solución a estos problemas así planteados, pero sí pretendo subrayarlos, ya que no han sido resueltos. Desde este planteamiento es evidente que sólo pretendo destacar que las redacciones de las glosas contenidas en los manuscritos toledano y escurialense no son idénticas: no sólo se diferencian estos dos manuscritos por tener glosas propias, sino también por no tener siempre la misma redacción en las glosas coincidentes. No excluyo la posibilidad de que Arias de Balboa haya podido revisar su propia obra, pero vuelvo a reiterar que me interesa simplemente

destacar que las relaciones entre estos dos manuscritos no han sido aclaradas. Hay un hecho a destacar: en ninguna de las glosas recogidas en estos dos manuscritos se recoge la opinión de un glosador llamado Bena/Vena, opinión que se recoge, sin embargo, como ya se sabe, en las glosas del incunable. Finalmente, añadiré que cuando Pérez Martín publica las glosas escurialenses en 1984 afirma: «puedo ahora adelantar que las auténticas glosas al Fuero Real de Arias de Balboa se contienen en el MS Z.I.5 de la Biblioteca del Real Monasterio de El Escorial»¹⁴⁵.

En 1985, Pérez Martín afirma que las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real «se conservan actualmente en dos versiones parcialmente coincidentes y parcialmente distintas: el MS Z.I.5 de la Biblioteca del Real Monasterio de El Escorial, y el MS II-323 de la Biblioteca del Palacio»¹⁴⁶. En nota aclara que el ms. escurialense lleva, de mano posterior, una nota indicando la paternidad de Vicente Arias y otro tanto sucede con el ms. de la Biblioteca del Palacio. Además, Pérez Martín precisa en la mencionada nota: «Agradezco a la doctora M. L. Alonso que amablemente me ha proporcionado fotocopia de algunos folios del mencionado manuscrito» (=Biblioteca del Palacio)¹⁴⁷.

Tenemos, pues, una tradición no unitaria y tenemos igualmente que en estas glosas al Fuero Real —no se sabe con seguridad, pues Pérez Martín no lo dice, si en ambos manuscritos o tan solo en uno de ellos— se citan unas glosas al Fuero Real de un glosador llamado «Bena/Vena». Pese a que se conservan «dos versiones parcialmente coincidentes y parcialmente distintas» de las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real, el profesor Pérez Martín no ha sentido ni siquiera la necesidad retórica de plantearse la posibilidad de interpolaciones o adiciones posteriores. Como en los manuscritos mencionados se encuentran unas notas en las que las glosas son atribuidas a Arias de Balboa, concluye sin más Pérez Martín que los mencionados manuscritos, pese a sus divergencias, ofrecen las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real, por lo que «Bena/Vena» no puede identificarse con Juan Alfonso de

¹⁴⁵ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit 133, n 334.

¹⁴⁶ PÉREZ MARTÍN, «El Estudio», cit 280.

Benavente, pues éste o «no había nacido o era todavía un infante»¹⁴⁸.

No es necesario insistir en las razones de esta expedita solución, pero me gustaría señalar algunas circunstancias, algunas de ellas admitidas por el propio Pérez Martín, que sin embargo no las valora. Las glosas al Ordenamiento de Alcalá, contenidas en los manuscritos toledano y escurialense, que Pérez Martín atribuye a Arias de Balboa, no recogen cita alguna de las glosas al Fuero Real de «Bena/Vena», citas que sí recogen las glosas impresas por Parix, que Pérez Martín atribuía originariamente a Sánchez de Arévalo, aunque ahora matiza, sin dar razones para ello: «o en todo caso (a) un jurista del círculo de personas que rodeaban a Alfonso de Cartagena»¹⁴⁹. Las glosas al Fuero Real de Arias de Balboa no fueron las únicas existentes, pues las glosas al Ordenamiento de Alcalá publicadas por Parix muestran que su autor conocía tres glosas diferentes al Fuero Real: 1) las de Arias de Balboa; 2) las de «Bena/Vena» y 3) unas, por el momento, anónimas, aunque su autor dejó medios para su identificación; finalmente, una de las glosas en las que se menciona la opinión de «Bena/Vena» parece autorizar a concluir que éste conoció la ley de Juan II de 1427¹⁵⁰.

No me interesa reiterar los argumentos en favor de la identificación de «Bena/Vena» con Juan Alfonso de Benavente, sino describir estos nuevos métodos, que autorizan a excluir una tal identificación en base a afirmar, de un lado, que un texto del que se conocen dos redacciones distintas menciona al glosador «Bena/Vena», lo que haría imposible la identificación propugnada, al ser dichas glosas —¿en sus dos redacciones?, ¿tanto en las concordantes como en las divergentes?— de Arias de Balboa y, de otro lado, que Arias de Balboa es autor de unas glosas al Ordenamiento de Alcalá, en las que no se mencionan a «Bena/Vena» y que Arias de Balboa no es el autor de unas glosas al Ordena-

¹⁴⁷ PÉREZ MARTÍN, «El Estudio», cit. 280, n. 106.

¹⁴⁸ PÉREZ MARTÍN, «El Estudio», cit. 284, n. 127 y 280, n. 106.

¹⁴⁹ PÉREZ MARTÍN, «El Estudio», cit. 258.

¹⁵⁰ Vid. IGLESIA FERREIRÓS, «Fuero», cit. 578.

miento de Alcalá, publicadas por Parix, en las que se citan las glosas de «Bena/Vena» al Fuero Real.

Quien ha gozado de una visión, aunque fugaz, de la idea está en situación de recordarla, por lo que puede prescindir de todo aquello que empañe ese recuerdo, aunque quizá debiere recordarse también que esa reminiscencia no está abierta a todos en el mismo grado y que ya Pérez Martín, por ejemplo, ha elencado entre las redacciones de derecho señorial, el mal llamado derecho territorial castellano, un «Fuero de los Caballeros», que hoy reconoce que «es una de las copias existentes del Doctrinal de caballeros de Alfonso de Cartagena»¹⁵¹.

Como no me interesa ahora discutir si es o no Arias de Balboa el autor de las tan traídas glosas al Fuero Real, sino describir únicamente algunas de las características del nuevo método que se difunde, me detendré en esa afirmación de que Juan Alfonso de Benavente, cuando Arias de Balboa redactó sus glosas al Fuero Real, «probablemente no había nacido o era todavía un infante».

Pérez Martín señala que Vicente Arias de Balboa murió el 29 de julio de 1414 y que aparece con el título de doctor en Leyes en 1391; si aludo a esta última fecha es porque Pérez Martín coloca la redacción de las glosas de Arias al Ordenamiento de Alcalá con posterioridad a 1390, subrayando que un tal hecho casa bien con la conquista del doctorado por parte de Arias¹⁵².

Por su parte, Alonso Rodríguez afirma que no se sabe cuándo nació Juan Alfonso de Benavente, pero la fecha de su nacimiento «cabe fijarla con certeza a fines del siglo XIV. La razón en que nos apoyamos es que hacia el año 1403 o quizá antes, Juan Alfonso de Benavente comenzó su actividad docente en la Universidad de Salamanca, ya que en su *Ars et doctrina studendi et docendi*, escrita en el año 1453, afirma haber explicado ininterrumpidamente durante más de cincuenta años». En 1478 todavía estaba vivo, pero ya había muerto en 1498, aunque no se sabe cuándo¹⁵³. Otro caso más de longevidad jurídica, pues si se aceptan los cálculos

¹⁵¹ PÉREZ MARTÍN, «El Estudio», cit. 264-265, en especial, n. 49

¹⁵² Vid. PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 245-247, 259, PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 132 ss. No entro aquí en la fijación de los términos

¹⁵³ Bernardo ALONSO RODRÍGUEZ, *Juan Alfonso de Benavente, canonista salmantino del siglo XV* (Roma-Madrid, 1964), 21 ss.

empleados por el P. García y García, al hablar de G. de Vallseca, habría que pensar que Juan Alfonso de Benavente debió nacer alrededor de 1376, si llegó con veinte años a Salamanca y estudió allí durante siete años, fijando la fecha de inicio de su actividad docente en 1403.

Desde el momento en que Pérez Martín, salvo error por mi parte, no indica cuándo Arias de Balboa redactó sus glosas al Fuero Real y desde el momento en que tampoco se sabe cuándo redactó las suyas —hablo desde mi particular punto de vista y me olvido del año 1427— Juan Alfonso de Benavente; es evidente que, si este último enseñaba ya en Salamanca en 1403 y aquél murió en 1414, Juan Alfonso de Benavente pudo haber redactado sus glosas al Fuero Real incluso antes de que Arias de Balboa realizara las suyas.

Desde los planteamientos de una historiografía que he calificado de intuitiva, parece comprensible despreciar los pequeños detalles; pero sí me parece lógico que no se discutan estos pequeños detalles, ya no me parece lógico que Pérez Martín achaque a los demás sus propios errores. Desde mi planteamiento no hay razones cronológicas que impidan identificar al glosador «Bena/Vena» con J. A. de Benavente. Uno pensaría que el profesor Pérez Martín debiera esforzarse en demostrar la paternidad cuestionada de Arias de Balboa para demostrar mi error; se contenta, sin embargo, en acusarme de un error invocando una paternidad harto discutible por las razones expuestas. Yo no creo que las glosas al ordenamiento de Alcalá que conocemos —en sus dos versiones publicadas por Pérez Martín y en la versión del incunable— reflejan la auténtica obra de Arias de Balboa; estimo que en las mismas puede encontrarse un fondo originario, pero reelaborado posteriormente por juristas más o menos anónimos; mucho menos creo, pues sólo tengo la palabra de Pérez Martín y por las razones expuestas no bastan, que las glosas al Fuero Real de los manuscritos del Escorial y del Palacio, que Pérez Martín ha identificado como obra de Arias de Balboa, reflejen la obra originaria de Arias: para mí es suficiente constatar la existencia de divergencias en las redacciones de ambos manuscritos y la presencia de citas de «Bena/Vena» —no sé si en las dos versiones o en una sola—, citas que aparecen igualmente en las glosas editadas

en el incunable de Parix, que Pérez Martín atribuía a Sánchez de Arévalo.

Pero estas excusas no son válidas para el profesor Pérez Martín. De aquí que ese reproche —creo yo— que me hace, debiera ir dirigido por Pérez Martín a sí mismo, como intentaré mostrar a continuación.

Pérez Martín, en su trabajo de 1982, al publicar las glosas al Ordenamiento de Alcalá del manuscrito toledano, que atribuye a Arias de Balboa, afirma que las glosas impresas en el incunable son de Sánchez de Arévalo y que, interrogativamente es cierto, el tal «Bena» quizá fuese el mismo Vicente (Arias de Balboa)¹⁵⁴. Además, en este año no ha identificado todavía el paradero de las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real, aunque, siguiendo a González Rojas, apunte la posibilidad de que se encuentren en el manuscrito escurialense Z-I-5¹⁵⁵. En 1984, cuando publica las glosas al Ordenamiento de Alcalá del manuscrito del Escorial, cuya paternidad atribuye a Arias de Balboa, adelanta ya «que las auténticas glosas al Fuero Real de Arias de Balboa se contienen en el MS Z.I.5 de la Biblioteca del Real Monasterio de El Escorial. A esta conclusión he llegado después de un primer examen de su contenido que concuerda con otras obras de Arias de Balboa y con las citas que de dichas glosas conocemos»¹⁵⁶, pero también afirma: «Parece que no deben referirse a Vicente Arias de Balboa las glosas firmadas con la sigla “Bena” y “Vena”... sino a otro jurista, quizás Alfonso de Benavente»¹⁵⁷.

O Pérez Martín no había estudiado muy atentamente el manuscrito escurialense Z.I.5 cuando hizo esta afirmación o las citas a «Bena/Vena» sólo se encuentran en el manuscrito del Palacio o Pérez Martín escribe sin el sosiego debido.

3. SOBRE UN MALENTENDIDO EN TORNO A DON GALO

Estas características de la moderna investigación histórico jurídica podrían ser valoradas por algunos (nada es verdad ni men-

¹⁵⁴ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 251, para la identificación, vid. 255, n. 51

¹⁵⁵ PÉREZ MARTÍN, «Las glosas», cit. 249, n. 19 (empieza en p. 248).

¹⁵⁶ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 133, n. 334

¹⁵⁷ PÉREZ MARTÍN, «El Ordenamiento», cit. 132, n. 332.

tira, todo es del color del cristal con que se mira, que dicen que dijo Campoamor) como una muestra de la madurez alcanzada por los historiadores del derecho españoles, consecuencia normal de la maestría alcanzada en el empleo de los métodos más depurados del análisis de las fuentes y de los más seguros recursos en la construcción de las teorías explicativas; se justifica así que esta consciente madurez puede llevar y haya llevado, según las muestras, a una tal confianza en el propio quehacer historiográfico, que puede conducir a descartar la tarea ajena; cuando alguien consciente de su propio saber llega a una determinada conclusión, puede considerar inútil perder el tiempo discutiendo opiniones ajenas, que en el mejor de los casos podrían poner en peligro la bella solución alcanzada: se desvirtúan así sus afirmaciones o se silencian las mismas o se rechazan de forma expeditiva, sin una discusión. Pero una tal interpretación me parece equivocada. Creo que la razón última de un tal planteamiento no es otra cosa que el resultado de la difusión en la Universidad impulsada por la autoridad competente de un nuevo tipo de historiador que, tras haber captado con una visión intelectual el pasado, lo reconstruye con pulso firme y seguro, atento únicamente a ser fiel en su reconstrucción a aquella visión fugaz pero imborrable de la idea.

Sea acertada aquella interpretación o esta mía, no puede negarse la seguridad que desprenden los nuevos historiadores en sus afirmaciones. De aquí que cuando a veces se dejan llevar por la tentación de la polémica, estos historiadores no arriesgan en la misma sus propios planteamientos —que escapan a toda crítica posible—; tienden así a modificar los términos de la discusión —práctica muy extendida— para de esta manera poder hablar de cosas que nada tienen que ver con la cuestión debatida y poder así mantener las afirmaciones realizadas.

No tocaría este punto si no fuese por una serie de razones: el carácter meramente descriptivo —no valorativo— que concedo a estas páginas, el hecho de que las afirmaciones de Pérez-Prendes, que recogeré a continuación, insinúan que no sé apreciar en su justa medida la obra de don Galo Sánchez y, lo que es más grave, el hecho de que en su intento de defender a don Galo de un ataque inexistente Pérez-Prendes lanza sin querer graves dudas sobre el rigor científico de don Galo, por todos reconocido. Pero hay todavía una razón más profunda: creo que Pérez-Prendes se ha de-

jado llevar en esta ocasión por un arrebató polémico inmotivado provocado por un malentendido. Y como aprecio la aguda inteligencia de Pérez-Prendes, considero necesario no dejar sin aclaración este malentendido.

«Leyes por brevedad y orden de los pleitos (1499), Granada, 1973, ed facsímil al cuidado de Pérez-Prendes, J. M ; en la serie "Opera historia ad iurisprudencia aspectantia" Maior, I. Ya sabemos que la pragmática de Juan II en 1427 prohibía la alegación de los autores posteriores a Juan Andrés y Bartolo. El cap. 37 de estas nuevas leyes admite a Juan y Nicolás de Tudeschi en "materia canónica" y de Bartolo y Baldo en "materia legal". Este capítulo demuestra la perduración de la cita de autores en mayor número de lo contemplado en la pragmática de 1427, y trata de introducir una ordenación en el uso de los autores permitidos, distribuyéndolos en parejas por materias. De esas dos cuestiones, la que parece más clara es la primera, ya que la segunda se inicia en estas leyes, de 1499 y nada sabemos de si se respetó o no, aun cuando la eliminación de esa distribución por materias que en la ley primera de Toro (sólo seis años más tarde) más impulsa a la negativa que a la afirmación, ya que el tono de la ley taurina es el adecuado a quien está presentando un estado de la cuestión en sus días, y coloca en plano de igualdad a los cuatro autores sin clasificarlos por materias. Por ello hemos seguido manteniendo en este libro una fórmula similar a la de las leyes de Toro, como hizo en su día don Galo Sánchez y discrepamos del juicio de Iglesia Ferreirós, que la tilda de "al menos inexacta" [en *AHDE* 51 (1981)]. De buscar inexactitudes, no es en el "Curso..." de don Galo Sánchez, donde habría que hacerlo, sino en la edición de la pragmática de 1427 donde habrían debido asentarse detalles que no tienen sede natural en obras de tipo manual»¹⁵⁸.

No entiendo muy bien la última alusión, aunque me imagino que Pérez-Prendes se refiere a la edición de Pérez de la Canal de la pragmática de Juan II de 1427¹⁵⁹. Tampoco entiendo muy bien esa mención de cotos vedados: ni me dedico a buscar errores, ni me dedico a atacar personas; simplemente trato de aclararme el derecho del pasado, para lo que no tengo inconveniente alguno en combatir opiniones que me parecen infundadas, sean de quien

¹⁵⁸ José Manuel PÉREZ-PRENDES Y MUNOZ DE ARRACÓ, *Curso de Historia del Derecho Español. Volumen I Parte General* (Madrid, 1983), 701 n 45 a

¹⁵⁹ Vid. en *AHDE*, 26 (1956)

sean. Yo no sé si Pérez de la Canal debía o no dar detalles, pero me limito a señalar que la cuestión planteada no estriba en esta pragmática, sino en las Ordenanzas de Madrid de 1499. En este sentido, yo me limitaba a recordar que don Galo afirmaba, hablando de las leyes de Toro, que por éstas «Derógase la Ordenanza de Madrid de 1499, por la que se dió vigor, a falta de Ley, a las opiniones de Bartolo, Baldo, Juan Andrés y el Abad»¹⁶⁰.

En resumidas cuentas, me limitaba a subrayar que en la época anterior a la reedición del texto de las Ordenanzas de Madrid de 1499 realizada por Pérez-Prendes, este texto no era conocido —por las razones que fuesen— entre los historiadores del derecho —todos y no solamente don Galo—, hasta el punto que en su antología de textos García-Gallo se limitaba a transcribir la ley primera de Toro, que daba lugar a la confusión. E indudablemente, al menos desde mi punto de vista, ningún autor de un manual, que por personal que sea debe ofrecer una visión ajustada de lo que se sabe en el momento de redactarlo, merece reproche alguno por no dar contestación a un problema que no encuentra resuelto en la investigación monográfica.

Si quisiéramos caracterizar brevemente el «Curso» de don Galo, serían suficiente dos sustantivos: concisión y precisión. Desde Gracián se repite aquello de que las cosas buenas, si breves, dos veces buenas e indudablemente la bondad del «Curso» de don Galo se ve acrecentada por su concisión, pero su bondad no radica en su concisión, sino en su precisión, que le concede el rigor científico que se le reconoce por todos. Pérez-Prendes, en su deseo de salir al paso de un posible ataque a don Galo, llega a realizar ciertas afirmaciones que, tomadas al pie de la letra, conducirían a tener que afirmar que Pérez-Prendes parece apreciar más —cosa que sé que no es verdad— el estilo conciso de don Galo que su precisión, es decir, que su rigor científico, si piensa que en aras de su concisión don Galo estaría dispuesto a sacrificar su pre-

¹⁶⁰ Vid Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «Saberes traslaticios», en *AHDE*, 51 (1981), 687. La frase de don Galo se encuentra en *Curso de Historia del Derecho* Apuntes tomados de las explicaciones del catedrático de la asignatura en la Universidad Central (Madrid, 1932), 224 y se mantiene en la edición de 1940, p. 226, en la de Madrid 1952, p. 154 y en la de Valladolid (1982), p. 147, donde se deliza «en» por «de madrid de 1499».

cisión. Yo considero —y creo que ésta es también la opinión de Pérez-Prendes— que don Galo amaba por encima de todo su precisión, que nunca sacrificaría a su concisión, y menos en aquellos supuestos en los que no sería necesario, ya que su famosa frase no sería menos concisa si dijese:

«Derógase la Ordenanza de Madrid de 1499 por la que se prefirió en materia canónica la opinión de Juan Andrés y en su defecto la del Abad de Sicilia y en materia legal la de Bartolo y en su defecto la de Baldo» ¹⁶¹.

No sería menos concisa, aunque fuese algo más extensa, pero sería mucho más precisa, ya que las Ordenanzas de Madrid de 1499 establecen:

«Otrosi muchas vezes acaesce que en la decision delas causas ha hauido et hay mucha confusion por la diuersidad delas opiniones delos doctores que escriuieron mandamos que en materia canonica se prefiera la opinión de Juan andres et en defecto dela opinion de Juan Andres se siga la opinion del abad de sicilia; e en materia legal se prefiera la opinion del bhartholo e en defecto della se siga la opinion del baldo» ¹⁶²

Son las Leyes de Toro las que afirman que los Reyes Católicos hicieron «una ley e ordenança que fabla cerca de las opiniones de Bártoolo e Baldo e de Juan Andrés e el Abad, cuál dellas se deve seguir en dubda a falta de ley» ¹⁶³, frase que cobra ahora toda su luz gracias al texto de las Ordenanzas: las opiniones no aparecen equiparadas, ya que las ordenanzas mencionadas determinaban «qual dellas se deve seguir en dubda a falta de ley».

Y no discuto yo —al menos ahora— que Pérez-Prendes tenga razón al afirmar que las Ordenanzas de Madrid de 1499 no se aplicaron en este punto, pero me limito a subrayar que dicen lo que ha quedado transcrita y esta afirmación no se modifica por su aplicación o no aplicación y don Galo se limitaba a señalar el con-

¹⁶¹ No he hecho otra cosa que adaptar el texto de don Galo —vid nota anterior— al texto de las Ordenanzas de 1499

¹⁶² Utilizo aquí la reimpresión de las Ordenanzas de Madrid de 1499, realizada por Pérez-Prendes Granada, 1973 Es el cap 37

¹⁶³ Utilizo la ed de CARLYC, IV, 194 ss.

tenido de las Ordenanzas de Madrid de 1499 en base a las Leyes de Toro, no a plantear si tal decisión se aplicaba o no, como tampoco se planteaba la aplicación o no de la pragmática de 1427.

Al cerrar estas reflexiones no tengo inconveniente alguno en reconocer que algún lector despistado tendrá la impresión de que he cerrado una *oratio pro domo*. Y por mi parte no pretendo en modo alguno atenuar esa impresión, ya que será la que triunfará, pues de esta manera este escrito se reduce a un desahogo personal sin importancia y las cosas seguirán tal como están, que es lo que se pretende. Quisiera subrayar, sin embargo, que si mis intenciones fueran defender mis opiniones, este escrito tendría otro alcance y, sobre todo, otro tono. No me mueve a escribir estas páginas ni defender unas determinadas opiniones ni defender una determinada manera de concebir la historia del derecho, aunque estas páginas revelarán, eso sí, un claro matiz de defensa, pero en una dimensión más profunda de la que se les querrá reconocer. No soy tan ingenuo para pensar que estas páginas puedan tener algún resultado, salvo o provocar regocijo en quienes quieran creer ver en las mismas un ataque que no existe o provocar irritación en quienes quieran irritarse por sentirse por encima del bien o del mal.

La dirección impresionista que triunfa últimamente en la historia del derecho tiene una ventaja indudable: la intuición alcanzada escapa a toda crítica; sólo necesita manifestarse para encontrar acogida entusiasta entre los amigos de turno y rechazo igualmente entusiasta en los enemigos de turno, aunque ni a unos ni a otros se les ocurrirá someterla a examen. Se abre así un fácil camino a la diarrea ensayística, tentación hispánica siempre presente, donde la manifestación de las preferencias personales se convierte en el supremo argumento, pues ya se sabe que el examen, la crítica y la valoración de los datos es tarea siempre enojosa, ya que no requiere imaginación —y los hispanos son muy listos—, sino simplemente trabajo y dedicación. Es éste un país donde un historiador del derecho ha podido hacer circular dos opiniones diferentes y contradictorias sobre un mismo tema y ha podido verlas aceptadas como dogmas de fe en tesis doctorales y manuales, sin que a nadie le pareciese extraño un tal hecho. Este hecho subraya mucho mejor que mil palabras la inutilidad de la crítica. En este nuestro pobre y pequeño ámbito científico, don-

de las amistades y las enemistades determinan los elogios y los silencios, las aceptaciones y los repudios, no hay lugar para la crítica, sino para el insulto. Este es un país de capillitas de amigos, donde incluso el plagio se valora en atención a los lazos de amistad. Y esta red de amistades e intereses recíprocos, impulsada por la autoridad correspondiente —el sistema de selección habla por sí solo—, garantiza la máxima impunidad en el desarrollo de lo que se llama actividad científica.

Y ahora sí que estamos ante la razón última de este escrito. Si uno puede todavía encontrar una cierta diversión en esta tarea que acabo de realizar: analizar y desmenuzar los argumentos ajenos y propios para tratar de alcanzar algún resultado seguro, aun sabiendo que la seguridad depende en gran medida del planteamiento aceptado, no encuentra satisfacción alguna en otro tipo de discusiones, a las que necesariamente tendría que verse arrastrado, gracias al triunfo de una historia intuitiva, que facilita que se escriba de lo que no se sabe, se juzgue lo que no se entiende y se critique lo que no se ha leído. Para evitar esta posible tentación, ya que es de mala educación al parecer llamar a las cosas por su nombre, no cabe más que imitar a los ingleses. Yo no diré que haya de imitarse la condición y precisión de aquel famoso crítico teatral londinense, que en cierta ocasión redujo su crítica a la frase siguiente: «Ayer se estrenó en el Teatro X la obra X de autor X, ¿por qué?», pero quizá no esté fuera de lugar recurrir a la práctica inglesa de anotar: «Otra opinión, infundada, en X. Barcelona, 19-XII-1986/26-V-1987.

AQUILINO IGLESIA FERREIRÓ

DE UN ESTADO, EL DE OSUNA, Y UN CONCEPTO, EL DE ESTADO

Pacífico durante un buen tiempo, es hoy el *Estado Moderno* blanco de ataque y flanco de combate. Si se reconoce su terreno, ya es proyectándose hostilidades. Ignacio Atienza, beligerante, monta su base de operaciones en un observatorio privilegiado. Y sienta también sus reales. De la campaña ya hay memoria: *Aristocracia, poder y riqueza en la España moderna. La Casa de Osuna, siglos XV-XIX* (Siglo XXI Editores, 1987).

El éxito ya se anuncia desde su propio estado mayor. Director de la tesis, Miguel Artola, lo proclama en el prólogo: una imagen señorial ha sido vencida, con un *capítulo* particularmente *definitivo* a los efectos de este desenlace. En términos del autor: se ha impuesto la de una *soberanía intraestatal* o del *poder del Estado*, con independencia del mismo uso en sí irrelevante y más bien aleatorio de la propia palabra de Estado.

Discutiré sólo este punto; lo discuto en exclusiva y sin apartarme del libro, con sus citas entre mis paréntesis; cometo así conscientemente con él la injusticia de dejarle logros aparcados y conmigo la violencia de andarme pegando a sus pasos. Por tomar como unidad de estudio una casa señorial moderna y atreverse con la historia completa de una de las principales, este volumen, sólo por ello, ya tiene asegurado un puesto, abriendo capítulo, en el curso de la historiografía. Ya era además realmente esperado tras interesantes anticipos de la misma investigación en diversas sedes, desde la *Revista Internacional de Sociología* (47, 1983) hasta este propio *Anuario* (56, 1986).

Busquemos su *capítulo definitivo*, que ya marcaría un hito historiográfico. Una primera sección, de planteamiento más conceptual, anuncia el punto: «*La privatización de funciones jurisdiccionales. Los Estados*» (34-52). Entra así un binomio para la definición del *estado señorial* en concreto como *jurisdicción privatizada*, pero quedando el tratamiento de esta misma referencia remitido

a capítulo ulterior. Los conceptos que introductoriamente se ofrecen son más elementales: dicha clase de *estado* constituye «una *unidad jurisdiccional* de la que dimanen, extensa y puntualmente, unas competencias, con unos límites, que se refieren a la administración y al gobierno del estado por parte de su señor, al cobro de impuestos y a la práctica de la justicia»; «podía convertirse en *estado nobiliario* cuando al propietario se le concedía un título». Aun sencillos, deben ser conceptos importantes, pues se recalcan:

Un *estado señorial* significaba la existencia de una o más villas de señorío agrupadas, convirtiéndose en *estado nobiliario* cuando el propietario disponía de un título con la misma designación de una de las villas que componían el estado.

Dos nociones ya sentadas: se habla de *estado* para el señorío y se hace con ello referencia exclusiva a *jurisdicción*. Lo primero sigue un uso de la época: «Nunca el Estado se ha tratado ni trata como el señor del directo dominio», que respecto al de Osuna podía pretender un fiscal (141). Lo segundo introduce tesis: «la distinción clara entre jurisdicción y propiedad» como «realidades dissociadas» (264 y 279). *Público y privado, jurisdicción y propiedad, impuesto y renta*, serán pares de conceptos que recíprocamente se definan mediante contraposición, con la clave de separación que implica un Estado propiamente dicho o sin calificar, y con distanciamiento también por ello de los mismos usos léxicos del medio, abandonados sin explicaciones.

El concepto más determinante de Estado sin calificativo aún no se expone. No parece que de él quepan nociones tan elementales. O puede también que no precise definición por su mayor elementalidad. Por su obra se le conoce, determinando otros conceptos más calificados de su propio término. Definidos o no, hemos comenzado a movernos entre conceptos, que ya dan su juego. Distinguidas jurisdicción *pública* y propiedad *privada*, queda igualmente predicada la misma categoría de *privatización* para la eventualidad de documentación conjunta. Los conceptos ya van teniendo su entrada por la vía menos contrastada de postulación.

Mas sigamos al autor. Aceptemos dialécticamente su misma tesis de reducción de la problemática de los estados a un terreno

jurisdiccional. Dejemos la propiedad y sus derechos; acudamos a la jurisdicción y sus funciones. Hecha ya la advertencia de que aún no hemos salido de un nivel puramente conceptual sin contrastación empírica, ni siquiera léxica, puede sin mucho riesgo aceptarse el resultado de eliminación de una parte esencial del señorío en el propio planteamiento de su cuestión. Se facilitan así desde luego las cosas; también el debate. Se me aparta además de la tentación de repetirme.

El capítulo definitivo hasta el momento tampoco ha aparecido, pero no perdamos tan prematuramente la esperanza del hallazgo. Pasándose a otras secciones de objeto ya menos conceptual, y en una que precisamente se titula «*Corona y Señorío*», encontramos otro epígrafe con nuestro anuncio: «*Conclusiones. Estado y Estados. El monarca como depositario de la soberanía*» (227-233). Ya suena prometedor, y no sólo por conclusivo. Sigamos su argumentación.

Comenzándose por presentar como «clásica» la propia tesis de reducción de los poderes señoriales a «funciones políticas privatizadas en el seno de la monarquía», no sigue luego propiamente el argumento, con justificación al menos del apelativo, como tampoco algún contraste, con confrontación siquiera de la historiografía más cercana. Comparece en verdad ésta, pero ni para remisión interna a su debate ni para procederse ahora al abordaje. Y asoma alguna otra, pero también para meras invocaciones. Aparece Foucault con un aderezo de Lewis Carroll («...la cuestión es ver *quién* manda», tras extrañarse Alicia de la arbitrariedad de los signos hoy sabida) para dejarse sentada la suposición no tan foucaultiana de que importan más las cosas que las palabras. Ya se dice de *Estado*, declarándose indiferente el término.

Sigue una parte más sustantiva, pero precisamente de palabras: las del rey y de sus leyes sobre su propia posición *soberana*. ¿Otras evidencias? Ya entran léxicas, pero todavía, y sin más contraste, de parte: de un servidor real, Castillo de Bovadilla. Palabras, faltando además las de los investigadores que más específicamente han tratado este capítulo de la *soberanía* de entonces. Otros autores, aun con copia de referencias, tampoco han entrado realmente en liza. Bastaban palabras, y las menos expresivas: citas.

Las palabras de las leyes parecen las más decisivas. ¿De qué

leyes? En momento alguno el autor sospecha que *leges* en la época fueran ante todo las del *Corpus Iuris*, con su mismo aparato menos antiguo de palabras, teoría política incluida. Escapaban al poder del rey, atendiendo su *plenitud de potestad* todavía, aunque se dijera en romance *soberanía*, inexcluyente. Y ya importa lo primero antes que lo segundo, pues marca su ámbito. Pero ni una ni otra cosa aquí al autor interesa. Continuemos siguiéndole. Concedamos la importancia de la ley regia, que alguna tendría. De ella se nos dice que establece en Castilla la rigurosa necesidad de título o privilegio expreso para la existencia de señorío, esto es, el principio de que no lo hay sin concesión del rey, sin la *privatización* dicha.

Se miran las palabras, pero tampoco todas, ni siquiera entre las de parte. También se acepta por ley claramente en Castilla la prescripción de jurisdicción, el valor de la costumbre por encima del privilegio en la constitución de señorío, lo que en especial valía para las casas principales. No existía tal exigencia de concesión. Y añadir, como aquí se hace, que el mismo principio concesivo también era de aplicación entonces a jurisdicción eclesiástica es un puro despropósito inconcebible todavía para el mismísimo Campomanes. Y hasta aquí el hilo que enhebra el apartado de conclusiones sobre *Estado y Estados*.

No nos desalentemos. Otros se registran también de «*Conclusiones*». Añaden sorpresas. Llegarían a la contradicción, por apuntar de la misma monarquía entendimientos más funcionalmente feudales (65-66) o más paritariamente simbióticos con el señorío (178-181), si no fuera porque siempre se conducen por este tipo de movimientos, nada concluyentes, de insinuaciones y evasivas. Pero hagámosle al autor al menos la justicia que sus apartados de conclusiones le niegan: su obra, aunque palabras la evidencien, es de cosas, entrando en el estudio empírico de los mecanismos señoriales.

Ya lo subraya el autor: busca su obra *la microfísica del poder* requerida por Foucault o, en los términos historiográficamente más cercanos de Benjamín González Alonso, se dirige a «individualizar y enumerar las facultades acumuladas por los señores en este orden de cosas, y puntualizar después de qué modo las ejercieron» (2, 119-120 y 180). Su terreno es el empírico, donde

deberá contrastársele. Aquí habrá de encontrarse su capítulo definitivo, con las pistas brindadas por el propio Artola (XIII):

La importancia del tema sólo se descubre si pensamos que la forma de determinar el alcance del poder real es considerarlo como el revés del poder señorial y a la inversa. El capítulo dedicado a contestar a esta pregunta es definitivo, en mi opinión, y obligará a buscar en otros casos semejantes el contraejemplo que pueda invalidar una tesis que, personalmente, considero ha de ser muy difícil de desmontar. Dicho con la mayor brevedad, mantiene que el poder señorial nunca fue más allá del ejercicio de competencias de orden local y que la acumulación de señoríos, por copiosa que fuese y aunque diera lugar a la aparición de oficinas señoriales de ámbito territorial, nunca consiguió ampliar sus competencias.

Dejemos al margen el juego de palabras de reservas y derechos y salvemos también la maniobra de distracción de los *contraejemplos*; ya se trata de revalidar como tal este *ejemplo*. Si en efecto lo fuera, por estarse con cuestiones de estructura y no de acontecimientos, ya ni siquiera cabría dicha forma de invalidación. Demasiado plagada anda la historiografía de controversias vanas por debatirse como hechos probados conclusiones presuntas. Las pistas por lo demás tampoco son generosas, pero pueden remitirnos a sección, «*Corona y Señorío*», y a capítulo, «*El límite del poder señorial*», concretos del libro. Dentro de las deficiencias de su misma estructura, que ya se habrán detectado en la desarticulación de conclusiones, parece a la vista del índice éste el lugar. Ya tendría el mismo Artola sus dificultades para señalarlo con menos equívocos.

Pero a la vista del contenido la cosa cambia. Bajo el epígrafe de *límite del poder señorial* sólo se acogen un par de cuestiones que, ya por su ligero tratamiento (217-221), parecen residuales: «*Delitos superiores al poder señorial: Inquisición*» y «*El control exterior: la visita del corregidor*». Antes en efecto se han tratado extravagantemente, fuera de sección, otras como, más genéricamente, la judicial y la normativa. Han quedado comprendidas en la sección anterior, «*El Estado de Osuna: el Señorío*», y en capítulo que reza «*Estado señorial y división del espacio*». Aquí han encontrado su sede cuestiones primordiales sobre alcance y límite del señorío en relación a la monarquía.

Así «*La justicia*», con su título bien genérico y primer epígrafe no poco categórico: «*La justicia como regalía del monarca: La apelación*» (164). Es lo que a la tesis interesa, comenzándose por la conclusión. Quedarán peor despachados datos algo comprometidos, como el de la institución de una *Audiencia* señorial. Sólo su existencia ya puede cuestionar la aseveración central de Artola de que, ni siquiera en un caso como el de Osuna, llegó a institucionalizarse propiamente con su administración territorial un *estado señorial*, reconociéndolo aún menos que el propio autor.

Otorgaba en 1582 unas ordenanzas judiciales el duque, «atento a que son muchos los negocios que ocurren a la Audiencia de ésta mi villa de Osuna en grado de Apelación como por simple querella». En 1714 se le suprime por disposición también ducal que alega inutilidad: «recurriendo los interesados a la Real Chancillería de Granada los reboca todos (los procedimientos) por defecto de Jurisdicción» que decía la doctrina. Y la alegación tampoco resulta concluyente por cuanto que durante el XVIII la propia Chancillería granadina confirma la existencia de esta instancia de *apelación* señorial, aun ya sin institución de Audiencia (171-173).

La cuestión ya es problemática y realmente neurálgica. ¿Qué mejor capítulo para aquilatarse sobre los hechos el alcance y el encaje de la institución señorial? El ansia de conocimiento se dispara: cómo se constituye esta Audiencia, quiénes la forman, cuál es su justicia, en qué grado la interviene la Chancillería, de qué modo se desenvuelve la instancia una vez que el tribunal se clausura. Pero la expectativa se defrauda pues nada de esto se indaga. Vacíos como éste y la posición de Artola guardarán su relación. El hecho es que no mucho más de lo apuntado se indica. Sólo interesaba el concepto elevado a epígrafe. En esta parte más empírica a la que justamente se nos remitió, ya la cuestión resultaba introducida de esta guisa (117):

El señorío, en términos jurisdiccionales, significa un traspaso de ciertas competencias públicas que la Corona hace a un particular y que éste ejercerá en un determinado territorio.

Y no se admitían otros términos que los jurisdiccionales. Se nos encierra en el círculo vicioso de la autopostulación del concep-

to. La misma génesis de esta casa señorial, ya conocida y que no deja lógicamente de repasarse (73-91), mal abona la suposición. Pero parecen seguir importando menos los hechos históricos documentados que las presunciones jurídicas propias. Más que las cosas, le siguen también sirviendo a Atienza las palabras. Y unas mismas. A los efectos de esta otra introducción traduce, de castellano a castellano (118-119), fragmentos descontextualizados de un jurista que entonces, caso raro, no se produjo en latín: aquel Castillo de Bovadilla al que volverá, y no a los hechos, para conclusiones. Tampoco es que las rarezas sean las mejores guías. Pero es su procedimiento, como buena tesis.

Y extremada. No sólo se trata de que el señorío por principio proviniese de concesión con resultado de *privatización* de funciones *públicas*; es también que a cualquier efecto se le impide entrar en una órbita de derecho del beneficiario. Se juega en ello la tesis, pues la sustenta el concepto. El poder señorial se precisa que sea precario. Ya se le presentaba en las primeras definiciones como mera *práctica* de la justicia o como mero *cobro* de impuestos, aun siguiendo luego la inadvertencia de aparecer el señor en cuanto tal como *propietario*. Se ve también que van los términos en su uso vulgar, no técnico. Y la imagen precaria del señorío moderno ya antes, en *Introducción*, la había dejado lanzada: estaría en crisis durante toda la época, «en la cuerda floja nada menos que tres siglos» (6). Nada menos.

Sería siempre el señorío, como la nobleza, *servicio público* (60) y el señor, como el noble, *mandatario* del monarca (119). El uso efectivamente vulgar, nada técnico, de los términos, tampoco llega al sinsentido extremo de considerar al señor como servidor a un tiempo de su pueblo y de su rey; *servicio público* ya se dice que lo es también al monarca. No se ofrecen conceptos formados, sino imágenes informales, pero la que se desprende del propio objeto señorial no acaba de casar con la que se transmite mediante tal género de expresiones.

El servicio nobiliario es algo que puede precisamente todavía sostenerse en su sentido *feudal*, con obligaciones como las de *lanzas* y otros auxilios ya económicos (215-216, 223-224 y 328-329) y con sus ventajas también como *consejero* nato el duque del monarca, sin la complicación en Castilla de unas Cortes de *estados* (50-55 y 98, sin más). El elemento *público* más característicamen-

te moderno no incide, además, tanto en dicha supeditación estricta como en una inordinación común de todos los *estados*, y todavía el real menos problemáticamente que el eclesiástico. No eran entonces excluyentes y tampoco realmente se identificaban *respublica* y *monarchia*. Pero esta constelación de cuestiones no entra como tal en el horizonte del autor, con lo que podemos también, siguiéndole, soslayarla. Mucho y siempre esencial es lo que vamos sacrificando, pero nobleza obliga.

El autor menos siente el sacrificio. La tesis le colma. No sólo cubre vacíos; también, para invadirlos, los crea. Entremos ya en la sección de «*Corona y Señorío*» y veamos cómo en ella se introduce la actuación de la justicia, con su primer capítulo, «*La intervención de la Corona en el ejercicio del poder señorial*», epígrafe inicial, «*La fijación de términos*» (198-202), que también va a su modo extravagante de aquel apartado anterior de «*División del espacio*». ¿Quién, en suma, delimita territorialmente los derechos? He aquí la respuesta (200):

Tal vez más que la casuística de cómo se realizan los apeos, suficientemente conocida por otra parte, lo interesante sea señalar que es un asunto, como tantos otros, absolutamente dirigido y controlado por el monarca a través de sus funcionarios.

Importa poco, ciertamente, el caso de la propia casa de Osuna para procederse al aserto de la exclusiva competencia de la jurisdicción regia. Ignoro dónde llegan otros conocimientos, pero el mío me dice que, si de apeos se habla, la competencia primera es la señorial, salvo naturalmente conflictos interseñoriales o con corporaciones que ya son los que sintomáticamente se reconoce que más llegan a dicha otra jurisdicción (167). Como tantos otros asuntos, despreciándose *la casuística*, así suelen liquidarse aquí las cuestiones. El punto ulterior, o primordial a nuestro efecto, de cómo se compaginan y conjugan en concreto jurisdicciones llega a desaparecer por ceguera para con una de las partes. Ceguera literal: se tienen ante los ojos *apeos* de factura señorial (236 y 262).

La tesis, en su despliegue autodemostrativo, también produce espejismos, con su compensación de puntos ciegos. Vayamos al asunto de intervención regia que precisamente aparecía en el capítulo de «*El límite del poder señorial*», esto era, el de «*El control*

exterior: la visita del corregidor» que habría así de corresponder al de la jurisdicción real en tierras de señorío (219-221). Que hay corregidores señoriales, de sobra se sabe, pero ya habrían de estar regular y directamente sujetos a esta supervisión. Es el fenómeno que digo de espejismo en el mismo modo como aquí se produce.

No hay más prueba de nuevo que la de palabras: instrucción de corregidores; se dirigía conjuntamente a «jueces y justicias» de las diversas jurisdicciones, pero aquí se le entiende destinada a los de la real para control de la señorial. Se esperará el dato que avale la lectura, pero en vano. Ni siquiera su necesidad se siente. El entendimiento parece evidente desde el propio prejuicio. En un apartado anterior sobre *residencia* ha debido reconocerse la competencia primaria señorial, convenciendo Sancho Panza: «Nadie me la puede pedir si no es quien ordenare el duque mi señor» (133), pero en el terreno de la inventiva ya no puede competir Cervantes.

En el capítulo, que debiera ser clave, del *límite*, había otro apartado, «*Delitos superiores al poder señorial: Inquisición*» (217-219). Tampoco mucho resuelve, no justificándose siquiera su ubicación. Debería, presumiblemente, tratar la limitación del señorío mediante los resortes penales e inquisitoriales del poder regio, pero tan sólo encontramos unas somerísimas vaguedades sobre *delitos políticos* y la copia de unas estimaciones acerca de la presencia de la Inquisición en población de esta casa y estado, todo ello conducente, porque el autor nos empuja, a la conclusión consabida: «La Corona intervenía, limitaba y controlaba».

¿Intervención, limitación y control del poder señorial? ¿Por qué lo suponía, y no por ejemplo lo contrario, la presencia de la Inquisición y la misma persecución de delitos por parte de la jurisdicción real? Habría, al menos, que explicarse y no tanto presumirse que toda concurrencia es enemiga. No se sabe por qué razones la asistencia en la represión de los pueblos de señorío suponga limitación tan sólo del poder señorial. Aquí, de hecho, sólo hay una: la que se impone por el propio índice, tampoco tan gratuito.

También resulta que los problemas se evaden. Pongamos uno, por una vez de cosecha propia. La casa de Osuna, como toda la que se preciara, se sujetaba a régimen de mayorazgo, implicándose con ello la previsión de apertura automática de sucesión ante la

comisión por el titular de delito grave, como herejía, traición o sodomía, con el objetivo preciso de que el señorío en cuanto tal no sufriera pena, como la de confiscación. ¿Qué valor tuvo esto? O si otra se quiere que siga siendo la pregunta: ¿Quién limitaba finalmente a quién? Ya al menos el problema guarda más relación con el asunto, pero aquí simplemente se le ignora, en este apartado como en el particular, especialmente inconcluyente, que se consagra a *mayorazgo* (24-35). Y ya hubo ocasiones para plantearse en la misma historia de la casa de Osuna (101-105).

El problema se ignora, pero solución parece tenerse: la Corona podría, sin mayores problemas, proceder a *la confiscación* de señoríos, lo que guardaría, por supuesto, un gran valor para su propia afirmación excluyente como Estado (197). La misma casa de Osuna habría padecido la medida, aunque no por causa penal sino crediticia, mediante embargo y administración judicial. El acontecimiento es de los que han merecido trabajos anticipados del autor redoblándose así el respaldo de su conclusión (226):

Lo anterior tiene su importancia en el desarrollo del Estado Moderno y en el concepto de soberanía, que reside en el monarca, que podrá intervenir directamente en los estados señoriales, confiscándolos, aprobando sus administradores, o controlándolos a través del Consejo y también estableciendo gradación entre los acreedores mediante sus audiencias y chancillerías.

Dejemos aparte las materias procesales, aunque, con la justicia políticamente menos descontrolada del *Consejo*, revistan suma importancia en Castilla para nuestra misma cuestión de relaciones entre *estados*. El autor tampoco hace distinción entre esta justicia y la de las audiencias. Debemos seguirlo. Respecto a su presentación de esta facultad de intervención, ya no sólo se trata de terminología vulgar, sino de confusión pura y simple.

Este tipo de medidas judiciales no entrañaba la clase de soberanía que se presume; ya el autor ignoraba que hubiera históricamente otra. La *confiscación*, por lo demás, se imagina confundiendo con un embargo que no podía ir precisamente seguido de ejecución, esto es, que patentizaba, si de poder político en este punto se tratase, exactamente lo contrario. No es solamente abuso de lenguaje, sino traición de concepto. Está presumiéndose, como signo sumo de limitación, la disposición absoluta de los

señoríos por parte de la monarquía, de donde se considera pacífica la misma facultad confiscatoria, aun con el propio exceso del alcance patrimonial de la medida. Tan evidente parece el asunto que no hay más explicación ni debate. Sus términos judiciales y la sucesión ulterior de la propia casa, nada dicen.

Hasta aquí, con esta coletilla, el capítulo de «*El límite del poder señorial*». Consistía en dos apartados: penalización e inspección; quedan dos evidencias: evasión e invención. No hay estrictamente nada en ellos que satisfaga el enunciado o que justifique el anuncio. Los límites considerados se desvanecen. A tenor del propio capítulo, lo ilimitado resulta el poder señorial. Con tamaño disparate, no podía ser, desde luego, éste el capítulo *definitivo* de Artola. No es que finalmente apoye alguna tesis contraria. No ha entrado tal en consideración siquiera. Es que por exceso de celo deja a la propia en evidencia. En su contra, tampoco se prueba nada.

No desesperemos. Quedaba todavía alguna cuestión significada de la sección anterior, «*El Estado de Osuna: el Señorío*». Puede que sea nuestro capítulo. Ya que no en la parte judicial veremos si aparece en ésta otra normativa. Se anuncia, sin epígrafe de conclusiones, mediante la voz de «*Ordenanzas municipales*» (144-157) y va, en efecto, extravagante a la sección «*Corona y Señorío*», en la que tendrán que recogerse necesariamente sus nociones.

Su composición es nítida: tiene el rey un poder *legislativo* y el señor, *reglamentario*. Hasta qué punto fuera el primero, si aplicamos estas categorías anacrónicas, también *reglamentario*, es cuestión que no cabe. El autor no aceptaba que existieran otras *leyes* por encima de las regias; ignoraba que el sistema fuera jurisprudencial, reduciéndose ya la importancia entonces del propio poder normativo. Pero debemos seguirle; limitémonos también a su campo de visión: ley real y lo que se dice reglamento señorial. El asunto, aun con la discreción de su sede, ya le parece cardinal (144):

Los textos legales que dimanar de la Corona explícitamente señalan la obligación de que sean cumplidos en todos los territorios bajo su dominio, lo que supone el desarrollo del concepto de la soberanía intraestatal, del poder del Estado, en definitiva, de lo que Weber denomina *monopolio del poder legítimo* o *Wieacker monopolio legítimo de la legislación estatal*.

Lo que, dejando en paz a otros, le lleva al mismo punto neurálgico de la inferencia estatal con la que comenzábamos. Y seguimos como en el comienzo, presumiéndose y no contrastándose. Con su preferencia por las palabras, y de parte interesada, también se trata de que no es realmente seguro el dato de tal práctica legal declaratoria de obligación general, resultando ya sintomático que debiera recogerse en disposiciones concretas, como en las instrucciones de corregidores ya se veía. Menos todavía era segura su validez, discutiéndosele entonces más particularmente respecto a la Iglesia. Y sigue en todo caso sin descenderse a constataciones que ya parecen, desde el propio concepto, evidentes.

Pero tampoco el cuadro resultante casa bien con la composición de partida. En este capítulo, precisamente, la idea no acaba de tomar cuerpo. Ordenanzas otorgadas por el señor resultan más bien paralelas, materialmente equiparables, a disposiciones emanadas del propio *Consejo* real, o incluso parece que formalmente: la facultad de sancionarlas se nos dice que «radica exclusivamente en el titular de la Casa, no siendo necesaria la posterior aprobación del monarca» como lo era en el ámbito de su propia jurisdicción. Hay prisas por cerrar el apartado: «No parece aquí cumplirse lo estipulado para otros ámbitos señoriales» (154-156). La sanción de las ordenanzas de sus pueblos es competencia exclusiva de «la autoridad señorial» (127). Habría sus razones no sólo para la extravagancia, sino también para faltarse a la regla de elevación de la conclusión a epígrafe.

Pero la impresión final de contraste entre éste y otros apartados es también excesiva, tanto por no haberse, pese a todo, apreciado en su superior alcance el poder normativo del monarca, como también por la razón más externa de que en los otros casos suele tratarse más de resistencia de prejuicios que de constatación de realidades. Mas poco importa aquí, pues luego, para este asunto también, se repetirá tranquilamente, como conclusión, el concepto apriorístico, y no, como concepto, la conclusión en el caso alcanzada (198 y 219). Y los desajustes entre capítulos se salvan por la vía siempre más expedita de la simple predicación (169):

Parece claro que a través de sus intervenciones judiciales y legales el monarca tiene recursos para llevar las riendas en los municipios de señorío.

Estos apartados capitales judicial y normativo ya sabemos que no se comprenden en la sección de «*Corona y Señorío*». Aquí, en cambio, el lugar se le reserva al fiscal, con su epígrafe que es anuncio de concepto: «*Hacienda real*», aunque más concurrido aparezca el recinto: «Fiscalidades son las siguientes: real, eclesiástica, municipal y señorial» (205-206). Y ya también la cuestión que alcanza enunciado de capítulo es la de «*Presión fiscal de la Corona sobre el señor*», y no por ejemplo la menos unilateral de las formas de composición entre las presiones concurrentes de Iglesia, monarquía, señorío y corporación sobre las mismas sufridas poblaciones del *estado* de Osuna, aun surgiendo dispersamente algunos de sus extremos. Título sólo hay uno, cualquiera que fuere el apartado, y lo dicta el monarca. Cualquiera, y ninguno, puede ser, en definitiva, el capítulo de Artola.

El índice ya produce por sí mismo la reducción. Puede así eludirse continuamente el asunto de fondo: no *quién*, sino *cómo* se mandaba; no lo primero, habiendo concurrencia, sino lo segundo, dándose composición. No *el Estado*, sino *la Jurisprudencia*. Sin ella ya para entonces se pierde la tan deseada *microfísica del poder*. Las palabras que nadie dominaba ya podían andar entre las cosas del dominio, del político y del menos político.

Ya sería una guía la jurisprudencia que se ignora. A su dimensión mal puede accederse cuando se trata al derecho como hecho, perdiéndose no sólo la orientación. Se detecta, por ejemplo, una extensión fáctica de derechos señoriales, luego regularmente revalidada por la jurisdicción real, y se le trata como si sólo lo primero tuviera significación, sin más consideración para lo segundo que la sociológica de unas debilidades de la justicia (124-127 y 138-144). Se pierde así también el mismo dato estructural del ordenamiento. ¿Cómo se adjudicaban finalmente los derechos?

Es el dato ignorado. La jurisprudencia había en el caso establecido un mecanismo de presunciones dominicales que resultaba netamente favorable al señor frente a sus poblaciones y al monarca respecto a los señores, con importantes salvedades para esta última vertiente precisamente en Castilla, por leyes como aquéllas que consagraban la prescripción de jurisdicciones acentuando el valor de la costumbre para el señorío. Es más que sociología, por significativo y por constitutivo. Es toda una estructura la que se pierde. También por supuesto para un índice.

Tampoco faltaba algún resquicio de apertura a este mundo de una jurisprudencia que constituía derecho o de una cultura preceptiva que como tal regía por encima de todas las jurisdicciones. Principalmente la transmitía, y por vías no sólo jurídicas sino también religiosas, la Universidad. Y *Universidad* aquí tampoco falta. Era señorial: «A mí como patrono y después de mí a los señores de mi casa, estado y mayorazgo pertenece la provisión de los colegiales y cátedras y todo otro qualquier oficio que en el dicho mi colegio se obiere de proveer a mi sola voluntad», disponía el duque en 1592 (120-121). También era eclesiástica: «Se hayan de conocer y determinar las causas assí civiles como criminales que huviere entre Doctores, Licenciados, Maestros, Bachilleres y Colegiales de la Universidad y Colegio Mayor de Osuna, o que se movieran contra ellos por qualquier otra persona, por el Rector en primera instancia, en segundo por el Abad de la Colegial y en tercera por el Romano Pontífice», había dispuesto éste en 1549 (177).

No hay tregua. Los mismos problemas se agravan. ¿Dónde anda ahora la jurisdicción real de la que todo debía traer causa? Tan elusiva como desorientadora es la apostilla que sigue: «Una serie de individuos y corporaciones fuera de la jurisdicción señorial y real se sujetaban a lo que determinaran diferentes tribunales eclesiásticos, lo que provocaba todo tipo de fricciones» (178), como si la vinculación con la iglesia, al contrario que con el rey, fuera entonces voluntaria, como si la instancia de partida no fuera todavía señorial y como si no resultara potencialmente de todo ello otra cuestión que la de conflictos. No podía menos que sortearse tanto estorbo.

Y lo que reclamábamos para la Audiencia no menos interesaría entonces para la Universidad: constitución, funcionamiento, personal y doctrina, en su caso enseñanza. La decepción tampoco es otra; nuestro interés no lo comparte evidentemente el autor. Y no es tan singular por supuesto la posición de la Universidad, concurriendo en el mismo ámbito señorial otras corporaciones más específicamente aún eclesiásticas (116, 136-138 y 309-310) e interfiriéndose una y otra jurisdicción en capítulos entonces tan primarios como el del diezmo (241-247 y 314-318). No podía ser tampoco menos cuando el propio poder pontificio tuvo intervención

en los orígenes de la casa, precisando sus primeras fundaciones licencias eclesiásticas (84-86, 96-97 y 280).

No deja aquí de valorarse a determinados efectos de valor político esta presencia religiosa: «El control ideológico se canalizaba fundamentalmente por *vía eclesiástica*, sobre todo a través del sermón y la confesión» (121), pero tampoco el asunto conduce a algún cuestionamiento del cuadro de poderes. Bien al contrario, Atienza nos reconduce, sabiendo realmente mantener, con acopio de recursos, sus principios (137-138):

En conclusión, los titulares de señorío no podían gobernar y administrar sus territorios de acuerdo a sus propios y particulares intereses y deseos. En todo momento se encontraban con unos techos legales, constitucionales y de autoridad que limitaban sus atribuciones. Así, por ejemplo, su poder estaba controlado por la normativa legal, tanto del derecho laico como del canónico. Eran conscientes de que existía una ordenada y prefijada pirámide de poder. Poder civil en cuya cúspide se encontraba el monarca, y poder eclesiástico que pasaba por la consideración del obispo, del nuncio, y naturalmente del Papa. Problema distinto era que se sucedieran los conflictos, frutos de lecturas e interpretaciones dispares de los textos legales que reglamentaban las competencias o derechos de cada instancia. Lo que sí estaba claro es quién detentaba el máximo poder y, por supuesto, quién era el supremo árbitro.

Que es precisamente lo que sigue sin quedar claro por mucho que se acabe de presentar al monarca como *cúspide* en la *pirámide de poder* y reducir a la iglesia a simple lugar de paso del poder mismo. Podía también de todo resultar que el papa lo fuera, *supremo árbitro*, que también ya legislaba, y para materias de superior calado (42 y 271). El propio indicio ahora de la existencia de otros *textos legales* que los del monarca, con entrada además concedida al *derecho canónico*, se neutraliza enseguida con la evasión que procuran los conflictos. El mismo derecho canónico, también entonces tanto político como señorial, no se hace en absoluto vivo. Sólo en suma desde la convicción más irreflexiva del más inconsciente prejuicio puede darse con esa satisfacción por sentido que la alusión final tiene que resultar inequívocamente al monarca.

Tampoco nos precipitemos. Al apartado de los conflictos se remite la cuestión de unos menos unitarios *textos legales* y el apar-

tado existe, precisamente a continuación: «*Usurpaciones y conflictos*» (138-144). Pero otro desencanto se produce. Ya era curiosa que el mismo conflicto se presentase como producto de dicha pluralidad normativa, pero esto más entonces obligaba a su consideración. Nada de ello viene. La misma ocurrencia se olvida. Era efectivamente tan sólo un recurso de escape. Podemos precipitarnos.

Sin iconoclastia que valga, reina la sola imagen del monarca coronando la cúspide de una pirámide de poder. Con abstracción de lo que haga falta, se figura gráficamente esta estampa de la monarquía irradiante de justicia, alguna retenida o propia, otra delegada o señorial, todas suyas (134-135 y 162). Culto tan mono-teísta no tiene acogida para otras imágenes. Es un templo político sin lugar para la misma religión que entonces era política. Que subordinaba al monarca, llega en momentos a reconocerse (228), pero sin mayor alcance. Más no podía hacerse sin atención al derecho entonces bien sustantivo que la propia religión entrañaba.

Vence una imagen, con su tópica. Pesa un modelo, con su lógica. Aunque se cure el autor en salud repudiando «los modelos basados en la concepción de los tipos ideales» sin la debida «constatación empírica» (6), aquí está, como tipo y modelo, como paradigma mal constatado, el *Estado absoluto*. Y el modelo, aunque se niegue, existe. Lo es de un Estado cuyo *absolutismo* dispone sin límites de poderes políticos, salvándose del *despotismo* por conocer en cambio como límite los derechos dominicales. Los primeros, si se ceden, estarán siempre a su disposición, mientras que la propiedad nunca se confundiría, marcando la frontera. Sería un límite constitucional externo, pues interno por definición no se daría. Que lo hay, y exterior, en el modelo, ya lo sabe, con su misma distinción entre *jurisdicción* y *propiedad*, nuestro autor, aunque luego no sepa situarlo, estando al quite su recurso a la conflictividad como hecho que colma vacíos de derecho (233):

El Estado del Antiguo Régimen tendía a ser absoluto, lo cual no quiere decir que lo sea sin oposición, sin resistencias, en desarmónia, y en estas páginas se han puesto ejemplos de ello.

Tenía su lógica el modelo y tiene también su abolengo. La composición existe desde los tiempos de Hobbes, mediado el XVII.

¿Cómo aquí nunca se expone? Aparte despites, habrá sus razones. Es un modelo imaginable y posible en la historia, pero imposible e inimaginable en la que aquí se contempla. No lo admite su cultura ni lo resisten sus hechos. Se le detectaba principalmente en un capítulo de *confiscación* en el que no podía producirse nada parecido ni a un reintegro de jurisdicción ni a un respeto de propiedad, ya por no tan distinta. De arriesgarse la exposición según los propios postulados, hubiera resultado la imagen de un más absurdo *Estado despótico*. Ya no se expondrá el modelo desnudo por temor a que de entre el rodaje lo que aparezca sea este fantasma.

El «absolutismo que tantos ríos de tinta ha provocado» (54), pero del que ninguna corriente aquí con su caudal llega. Agotada se trae la de su medio, estereotipada en fórmulas como la de *Princeps legibus solutus* (228). Ya merecería más filología. Estábamos además en un sistema jurisprudencial y tampoco se decía *Princeps iuribus solutus*; ya también debían cuidarse las traducciones incluso dentro de la misma lengua. Es por otra parte como cuando el *Estado constitucional* quiere reducirse, cual realidad última, al *estado de excepción*. La propia ley nueva por excepción entonces se tenía, acudiendo a su necesidad dicho mismo principio de absolutión. Pero el autor no penetraba en este capítulo del poder normativo del monarca y sus pasos dirigían. También su modelo fallaba por estatal antes que por absoluto. Ya el calificativo es lo secundario.

Si además de a estas fuentes de *absolutismo* se hubiese acudido a las otras de la idea más formada y compuesta de *Estado absoluto*, ya se hubiera también éste más fácilmente revelado como un elemento extraño. No estamos ni siquiera en *Vísperas de Leviatán*, que diría Antonio Manuel Hespanha. La lectura, y no sólo la cita de traducción fragmentaria, del propio Bodin ya hubiera abierto un distinto y más cercano panorama. Sólo con este deficiente contraste incluso de sus propias autoridades, se puede seguir el autor afirmando (228):

Nominar a un período Estado Moderno, absoluto, autoritario, o hablar de formas políticas preestablecidas, no es sustancial; lo importante es qué queremos decir detrás de esas categorías. Después de todo lo que hemos escrito hasta aquí parece claro, al menos para nosotros, que la soberanía no estaba compartida y, mucho menos, parcelada. Los instrumentos o posibles utilizaciones del po-

der, poder condigno (aparato coercitivo), compensatorio (sumisión a cambio de obtener algún favor) y el condicionado (pacto o compromiso social), en última instancia se encontraban en manos del monarca.

Hemos vuelto a *Conclusiones*. Estos *poderes* coercitivo, sumisivo y, pese a todo, compositivo no son ocurrencias de última hora pues su sociología ya estaba presente en la primera sección más conceptual, pero sirven también para soslayar conclusivamente, como en el capítulo del *Límite*, otros más comprometidos cuando menos. Y el caso es el mismo: no lo hay, sino concepto. De nada vale todo lo que ha podido entreverse, pues más tampoco se nos ha dejado, sobre *la justicia* o sobre *la norma*. El concepto cancelaba el dato.

Estado de excepción es el que aquí se tiene declarado. Se discriminan datos impertinentes, como el juego señorial de la jurisprudencia; se exilian los extraños, como el poder estatutario del señor; se acallan los expresivos, como la presencia eclesiástica no sólo señorial; se reducen los rebeldes, como la pluralidad normativa en el mismo ámbito conflictivo del señorío; se mutilan los incómodos, como el valor señorial de la costumbre; se eliminan los adversos, como más de una competencia del señorío, comenzándose por la de apeos; se engendran los convenientes, como más de un par de intervenciones reales, no cumpliéndose ni con la visita del corregidor ni con el poder confiscatorio. He aquí un estado con derecho de vida y muerte, un método con tales facultades sobre el dato. Ya vigila para que no levante cabeza.

Es el Estado un apósito que oculta llagas. El monarca se identifica con *lo público*, a cuyo mismo *servicio* el señor queda y por cuya misma composición carece el *conflicto* de la fuerza reveladora de una estructura. No la hay que desvelar. He aquí un respeto efectivo a mentalidades. Reducidas a tan mínima expresión, no franquean el paso a otras realidades, ni incluso a las más conformables todavía. Ya es cobertura de unas deficiencias historiográficas antes que de unas miserias históricas. Si esto sólo fueran, si de verdad se hubiera entrado en conexión con la mentalidad de la época, la visión de un mundo se hubiera abierto y no seguiríamos encerrados con el solo juguete de un espejo.

El método es de encerrona, respecto a la historia tanto como

a la historiografía. Como no hay contraste, tampoco controversia. Mas la posición ajena, no por ignorarse, se desprecia: sirve también para la afirmación más cerrada de la propia. Suponiéndose añejas, ésta era *clásica*, pero aquélla *tradicional* (81), con «clichés» que superar (66). *Cliché* que aquí se vea, ya lo es en el espejo (197):

En contraposición a ciertas lecturas tradicionales que han querido ver el mundo señorial como unos territorios independientes y aislados, contrapuestos a los de realengo, el análisis de la documentación de la Casa de Osuna nos presenta una realidad hartamente diferente. Sin querer caer en el error opuesto, el de presentar un Estado centralizado y sobre todo uniforme, sí pensamos que existen unas pautas, que una vez conocidas pueden hacer que superemos la imagen dual realengo/señorío, al menos a partir del quinientos, y avalar la existencia de una dependencia, clara, del mundo señorial hacia la Corona.

Ciertas lecturas indeterminadas son siempre las otras, sin compromiso de adjudicación para conceptos tan exóticos y extremos que a nadie hoy atraerían: independencia y aislamiento señoriales o, en la orilla del *error opuesto*, Estado geométrico. *La documentada* es la propia, con el enaltecimiento del contraste para ideas tan elementales y palmarias que tampoco hoy a nadie repugnarían: dependencia y permeabilidad señoriales. Otra cosa es que se entienda la composición de Estado automáticamente comprendida. Ahí está el método: se entiende. Es la imagen solitaria ante el espejo.

¿Algún historiador solvente, cuya obra merezca a estas alturas debatirse, imagina para la edad moderna dicho universo de autarquía señorial e inoperancia regia que principalmente se conjura? ¿Todos los historiadores que no comulgan con el autor es que caen en el exceso? Una lectura ingenua y crédula ya respondería a ambos interrogantes afirmativamente. No sé lo que pone de esto el autor. Tampoco me importa más su efecto de injusticia con el prójimo que de bloqueo consigo mismo. Todas las posiciones se escamotean, la propia de *Estado absoluto* inclusive.

Y ya se ve cómo la construcción progresa, no más allá de un ídolo de Estado con indiferencia de término y de un maniqueo de señorío con impotencia de concepto. El abandono terminológico

propio permite evasiones; el desarme conceptual ajeno evita encuentros. Como no hay exposición, confrontación no se produce. No hay ataque a cuerpo limpio, o ni siquiera combate, sino victoria expedita por incomparecencia provocada de todos los contendientes. Victoria, sólo, del árbitro; es, en suma, lo que proclamaba Artola.

Es la escuela. Ya mal podía entrarse en el propio objeto institucional cuando se proviene de una historia general cuyo concepto del derecho se reduce al de un lenguaje de referencias tan transparentes y elementales que puede sustancialmente mantenerse inalterado a lo ancho del espacio y a lo largo del tiempo y no merecer con ello iniciación especial, cuanto menos debate, por parte del historiador. Las mismas intuiciones profanas actuales, vulgares y no técnicas, de *público y privado, jurisdicción y propiedad, impuesto y renta*, bastaban como bagaje. La propia investigación conducida por ellas les sirve ahora, además, de prueba.

Era la escuela. Pero no nos permitamos la licencia nosotros de agrupaciones caprichosas e imputaciones inconcretas. Por lo que dejan traslucir sus mismas referencias, tampoco la posición de Atienza deriva enteramente a estas alturas de deformación profesional por estudios sin historias especiales como la jurídica. Y una formación generalista no puede tan fácilmente ya excusar la alegría en la elección de objeto y en el tratamiento de sus términos. Es responsabilidad intransferible, más allá de la cláusula de estilo: «Más allá de la costumbre, toda la responsabilidad de lo aquí expuesto es exclusivamente mía» (2). En efecto, la otorificación de citas sin alegaciones ni pruebas ya no otorga ni autoridad ni beligerancia.

Tampoco tiene la tesis por qué ser de exclusiva derivación escolástica. Como todavía se refleja incluso en *Conclusiones*, los artículos previos de Atienza no partían de una posición tan decidida del paradigma estatal y su exposición tampoco llega aún al extremo de la de Artola, sin cabida para el *estado señorial*. El Estado mayúsculo ha podido también venir a tapar huecos; siempre se le tiene presto para atender este tipo de servicios que le entronizan y canonizan y a los que además está acostumbrado por mérito de la propia historia del derecho. La sola mención del Esta-

do arrastra sobreentendidos suficientes para poder echar con despreocupación el cierre.

Pero razones han de concederse; a la autoridad del prólogo, habrá de reconocérsele la afirmación de que, con capítulo extraviado y todo, el lance es *definitivo*. Hemos llegado a un final de trayecto. El mismo capítulo de la historiografía que se abría, también se cierra. Todas las salidas han quedado bloqueadas, camino tanto del concepto como del dato. La tesis de Artola, avalada por Atienza, resulta ciertamente, por autista, indisputable.

Al autor también debe dársele sin empacho su razón. Afirmaba, justamente, la indiferencia del término. Tanto daba que se hablase de Estado. O podía perfectamente hacerse, pues era uso de la época. Podrá incluso hablarse de Estado Moderno, y del *Estado Moderno* precisamente de Osuna, pues estamos en los siglos de este equívoco calificativo entre historiadores. Concedamos que se pueda decir Estado como silenciarse igualmente el vocablo. Es un viaje para el que no hacían falta las alforjas del debate habido sobre el concepto, y no sobre el término.

Tampoco nos quedemos encantados en el *País de las Maravillas*. Seguimos sin tener el dominio de las palabras y la de *Estado*, en principio insignificante, hoy arrastra una carga semántica difícilmente controlable; entre los mismos iniciados se dan continuamente muestras de no sabernos manejar con el término en la historia. Y ya se sabe que no sólo para ellos nos producimos. Aquí hemos visto la carga pesar desde el título: se dice *España* cuando el caso lo es de Castilla.

De una carga también el Estado ha liberado: la de la prueba; y aún más: su sola mención ha exonerado del requisito procesal primario de formalización de la propia pretensión. Ningún Estado, ni absoluto ni otro, propiamente se ha definido. Noción no se tiene. Una concepción no hay. Es algo, el Estado, literalmente preconcebido. Ya es su epifanía, y no su historia, la que resulta.

No se reconstruye exactamente la historia del *Estado Moderno* de Osuna, sino que se construye más bien otro capítulo de la gloria del Estado intemporal. Es también como si la historia del *Estado* de la Monarquía se acometiese bajo la obsesión de encar-

dinársele en la *Iglesia*, entonces no menos *Estado* y con signos, además, de *soberanía* superior en la órbita católica.

Emancipada tiempo ha de la Iglesia, no consigue todavía librarse del Estado la historia. Deberá seguramente también esperarse a que se inicie su declive. Perdida su actual carga, la misma palabra resultará dominable. Mientras tanto, se avanza sobre la retaguardia.

BARTOLOMÉ CLAVERO

BIBLIOGRAFIA

RECENSIONES

ABADAL I DE VINYALS, Ramón d': *Catalunya Carolingia*, vol. I. *El domini carolingi a Catalunya*, Primera Part. A cura de Jaume Sobreques Callico. Barcelona, 1986 (Institut d'Estudis Catalans), XII, 309 pàgs.

Saludamos gozosamente la aparición de este primer volumen de la magna obra de don Ramón d'Abadal, dedicada al estudio total de Cataluña bajo la soberanía franca. Hace ya cerca de 40 años había adelantado su volumen II, donde presentaba la documentación correspondiente a esta dominación, bajo la rúbrica de *Els Diplomes carolingis a Catalunya* (vid. *Anuario*, vols XXI-XXII y XXIV), además del III, ceñido a los documentos particulares de los condados de Pallars y Ribagorza (vid. *Anuario*, vol XXV). El fallecimiento de Abadal, a principios de 1970, paralizó la definitiva reelaboración del presente volumen, que, de hecho, había preparado ya el mismo a base de estudios y monografías particulares, y que han podido ser objeto de inteligible ensamblaje gracias al esfuerzo de su colaborador Jaime Sobrequés.

Aun así, el volumen aparecido, cubre solamente la primera parte, cronológicamente delimitada de la exposición de este dominio franco sobre los territorios de la futura Cataluña: desde la ocupación musulmana y subsiguiente reacción carolingia, hasta la muerte de Luis el Piadoso (840). Un período, sin embargo, crucial, en la formación de esta estructura política que habrá de presidir, con el tiempo, la progresiva consolidación de la organización condal catalana.

Las conocidas dotes de gran investigador y de expositor crítico de Abadal, resplandecen de modo extraordinario en el presente libro, reflejo de un impresionante conocimiento de las fuentes, así arábicas como analistas y diplomáticas francas, de una sabia interpretación y sagacidad de juicio y de una madura reflexión sobre los resultados obtenidos, de su labor y de la ofrecida por los autores anteriores. No creemos exagerado considerar este texto, como una renovación completa de la historia catalana, en su primer período posvisigodo.

En el desarrollo de la obra se entrecruzan la exposición de los acontecimientos políticos y militares con la de los aspectos internos de la balbuciente organización del país. La intervención de Carlomagno, en el juego de las discordias del poder cordobés y de sus agentes en la frontera superior, por ejemplo, es agudamente presentada en orden a los resultados efectivos de cara a sus propósitos de penetración en los territorios subpirenaicos, y extensión de su protectorado sobre aquellos walianos. Con razón, puede afirmar que a pesar de las fallidas operaciones bélicas de Carlomagno, su apertura de la barrera pirenaica, marca una manera de ser peculiar del país catalán dentro del conjunto peninsular, con su contacto corriente con Europa. Todo lo contrario hubiera sucedido de haber seguido

con la política de estabilización de Pipino el Breve en el Pirineo, retornando a la antigua Galla. También la referencia de las luchas civiles bajo el reinado de Luis el Piadoso, en la marcha de los acontecimientos desarrollados en la región catalana, es oportunamente puntualizada. Muy certeramente analiza las características de esta política real dirección llevada desde Palacio, condicionada por la situación de frontera y evolución hacia la concentración de los condados catalanes y de la Septimania

Un extremo de interés para nuestro objeto, tratado con detalle por Abadal, es el relativo a la inmigración de los *hispani* sometidos al poder musulmán, hacia los territorios de la Septimania, primero, y de los territorios ocupados en el norte de Cataluña, más tarde. Ya conocíamos por el estudio de aquellos *Capitulares* para los *hispani*, y diversos preceptos de concesión de tierras, expedidos por los soberanos carolingios (publicados en el vol. II de nuestra obra) el pensamiento de Abadal sobre este fenómeno, pero ahora, cobra especial relieve con una visión más completa. Momentos y motivaciones de aquella corriente, diversa condición de los *hispani* inmigrados (los potentes y los humildes) configuración de las respectivas aprisiones, situación jurídica dentro del Imperio (con su mantenimiento de la ley visigoda), repercusiones en la economía y la sociedad de la región, etc., son expuestos con amplitud y profundidad.

También ofrecen destacado interés los capítulos relativos a la naciente organización eclesiástica de los territorios catalanes, incorporados al reino franco. catedrales, patrimonio diocesano, iglesias parroquiales, monasterios, con su fisonomía distinta según las regiones (predominio de la estructura monacal visigoda en las partes occidentales), etc. Y sin preterir el denso capítulo sobre la efervescencia religiosa de fines del siglo IX, derivada básicamente del movimiento adopcionista, donde Abadal recoge el importante y extenso estudio que le había dedicado años antes.

No podemos extendernos más sobre la calidad y enjundia de la presente obra. Ciertamente que el momento de su elaboración ha impedido que pudieran atenderse algunos puntos de vista formulados con posterioridad, como por ejemplo los de Vigil Barbero sobre los *hispani*, los de J. M. Salrach sobre la revuelta de Aizon, o la discutida autenticidad de la famosa acta de consagración de la catedral de Urgel, puntos particulares que seguramente no hubieran pasado desapercibidos a la atención de Abadal. Nuevamente hemos de lamentar su fallecimiento que deja en el aire, por el momento la continuación de este volumen, con las dos partes restantes para abarcar la prosecución del dominio carolingio sobre Cataluña hasta su extinción, a fines del siglo X, y que esperamos pueda escribirse por algún especialista de esta época. También entra en los descos colectivos la continuación de toda la Cataluña Carolingia, con la documentación de los diferentes condados catalanes (después del ya publicado sobre Pallars y Ribagorza), y cuyo plan, previsto ya por Abadal, hallamos esbozado en unas páginas prologales del presente volumen

ALTURO PERUCHO, Jesús: *L'Arxiu antic de Santa Anna de Barcelona, del 942 al 1200. Aproximació històrico-lingüística*, Barcelona, 1986, vol. I, 318 págs.; vol. II, 463 págs.; vol. III, 416 págs. Fundació Noguera, Textos i Documents, 8-10.

Bajo la precedente rúbrica, el joven investigador Jesús Alturo nos ofrece, fundamentalmente el contenido documental de los antiguos archivos de dos canónicas barcelonesas, que con orígenes distintos, a mediados del siglo XII, se fusionaron en el primer cuarto del siglo XV: la de Santa Anna, regida por la orden militar del Santo Sepulcro, y la de Santa Eulalia del Camp. Así el Diplomatario llena dos volúmenes de los tres integrantes de la obra. Pero el autor además, ha hecho preceder el mismo en el volumen I de una sustanciosa presentación del desarrollo histórico e institucional de las dos entidades: fundación, formación y explotación de sus patrimonios, organización interna y gobierno de las mismas, etc. Y acompaña esta aproximación histórica, de otra lingüística, a base de un vocabulario de sus textos rico y bien elaborado, importante aportación a la lexicografía de la época, sin contar también con un examen de las monedas empleadas, movimiento de precios en las transacciones, etc. Todo ello, limitado al período alto-medieval (concretamente de 942 a 1200), dada la abundancia documental de estos fondos, inabarcable para ella por el momento.

Nuestra atención pretende centrarse en el diplomatario, que comprende 641 documentos —algunos conservados sólo en regesta— (núms. 1-14 del siglo X, 15-52 del siglo XI; 156-641 del siglo XII), todos ellos, salvo raras excepciones, inéditos, procedentes del mencionado fondo de Santa Anna (que lleva incorporado al de Santa Eulalia del Camp), conservado hoy, en el Archivo Diocesano de Barcelona. Los textos aparecen cuidadosamente transcritos, con buen aparato crítico, encabezados por amplias e ilustrativas regestas, relación de escribanos y minucioso índice onomástico que ocupa él solo, 200 páginas del volumen III.

El interés del presente repertorio, parejo en principio al de los ya conocidos del ámbito catalán, se caracteriza por afectar fundamentalmente —de modo directo o indirecto— a dos centros eclesiásticos radicados en la ciudad de Barcelona y ofrecer por ello un interés especial para el desarrollo urbanístico de la misma, y de su entorno geográfico, a los que se refieren la mayoría de sus documentos, en contraste, con la tónica acentuadamente rural de casi todos los Cartularios del país. Registramos en el presente diplomatario, un grupo de unos 25 documentos de origen condal o real, algunos de claro contenido público: convenios feudales de fidelidad (núms. 25, 80), una nueva versión de la Paz y Tregua de 1188 (núm. 541), privilegios y concesiones al Santo Sepulcro o a Santa Eulalia, (191, 268, 351...), licencias para obras en establecimientos reales (170, 240, 574...), testamentos de los soberanos (211, 598, 620), otros de índole privada: donaciones, ventas, establecimientos a censo (2, 167, 283, 431, etc.). Pero la masa general de los mismos, son de procedencia totalmente particular, sobre todo los anteriores de mediados del siglo XII, y a partir de esta época, en relación con las dos canónicas mencionadas.

El propio autor ha cuidado (vol. I, pp. 53-57), de realizar una clasificación de las piezas por su naturaleza jurídica, que no vamos a reproducir aquí. Preferimos

detenernos en las particularidades ofrecidas por algunos documentos de diversa índole.

En el grupo de las transmisiones de bienes (donaciones, ventas, permutas) —el más numeroso— hay que atender a la presencia, entre las llamadas donaciones modales, de las que suponen una entrega de bienes a unos parientes (279, 419), o más frecuente a una iglesia (453, 523), a cambio de obtener una manutención vitalicia («*victum et vestitum*»), bajo varias condiciones, o una participación en las oraciones y beneficios espirituales de la comunidad (326, 329, 460, 475, 567..), la celebración de determinados sufragios (294, 348, 350...), una protección específica (383) En otros casos, la donación de la propia persona y de todos o parte de sus bienes acompaña el ofrecimiento de aquélla como miembro o cofrade de la comunidad (314, 368, 398, 473, 529..), una vez, curiosamente, el retornar a ella después de unos años de abandono de la misma (588) Las típicas donaciones pos-mortem (300, 492...) y sobre todo con reserva de tenencia y usufructo vitalicios de los bienes donados bajo la percepción de un censo (252, 304, 320, 370), no faltan tampoco en nuestro repertorio

Los establecimientos de honores a censo, constituyen, sin duda, uno de los capítulos más abundantes del mismo Por lo regular, mientras en los establecimientos de índole urbana (solares para edificar casas, etc), se impone la percepción de un censo fijo en dinero (247, 250, 254, 256, etc) en los de naturaleza rústica es general la asignación de unas prestaciones en especie, bajo distintas modalidades Parece que desde mediados del siglo XII se va perfilando esta figura como una relación enfitéutica, ya que cada vez es más frecuente, sobre todo hacia fines de siglo, la constancia de la *fadiga* (tanteo dominical), y aun una cantidad como *entrada*, aunque tampoco de modo absoluto

Las impignoraciones (usándose rara vez el nombre de *gaudeum*, núms 61, 68), son también numerosas En un principio, no parece, por los términos empleados que se operara la transferencia de la heredad impignorada a manos del acreedor, bien que se hace constar alguna vez que el deudor la conservaría «*per tuum (vestrum) beneficium*» (32, 69) Pero conforme se avanza en el tiempo (finales del siglo XI), esta transferencia aparece más claramente expresada («*ut laboretis omnibus fructibus quod inde exierint*» y frases semejantes, en núms 144, 168, 198), y desde mediados del siglo XII, las retenciones del bien por el deudor, cada vez más raras suelen acompañarse de la cláusula de satisfacción de un censo (generalmente el 1/5 de los frutos) al acreedor (301, 317, 385, 409). Como actuaciones más singulares recogemos una autorización dominical a la impignoración (536), una ampliación del crédito (601), una prórroga de la misma (82), una venta en ejecución de la deuda impagada (38), una devolución de prenda (272), varias transmisiones del crédito pignoraticio (441, 495), etc

Menor representación halla en el presente diplomático el derecho de familia Son escasas las donaciones esponsalicias del marido a la esposa, a tenor de la conocida fórmula de Ripoll, con aplicación de la décima de los bienes presentes y futuros (131, 157, 426, 571) y con invocación (salvo en la 426) de la *lex gotica*. En el 571, la décima se complementa, en documento independiente (570) con la donación de un manso Esta aportación de un manso u honor (o una cantidad), constituye el contenido de varias donaciones esponsalicias, que no hablan de dé-

cima (210, 425, 489, 517). Todas estas donaciones no se olvidan casi nunca de consignar el destino sucesorio de los bienes entregados a la esposa, en las diversas eventualidades de fallecimiento de uno y otro cónyuge. Un caso singular lo representa el número 157, en que, la donación del manso a la esposa, efectuada con asenso de la madre, se ha realizado con la reserva de que ésta seguirá viviendo en la casa, como «domina et potens» y ayudarían a casar a los hermanos, un esbozo del típico heredamiento catalán. La dote propiamente dicha —aportación femenina al matrimonio— aparece constituida sólo en pocos casos (302, 483, 527, 538, el primero del año 1155, los demás de fines del siglo XII), indicio seguramente de la incipiente introducción del romanismo en este ámbito conyugal. Más difíciles de encuadrar son las donaciones familiares de los números 216 (¿caso de concubinato?), 231 y 358

El ámbito sucesorio se caracteriza por una cierta uniformidad en sus instrumentos. De una parte hallamos numerosos testamentos directos, bajo el esquema de una designación de albaceas, encargados de la distribución de legados entre iglesias, familiares y otras personas. El documento 149 (del año 1090) es una refección de un testamento anterior con alguna cláusula adicional, que podría hacer pensar en la idea codicilar. De otra parte, contamos con más numerosas adverbaciones o publicaciones de testamentos (los a veces impropriamente llamados sacramentales), pero sólo en pocos casos es invocada la ley gótica (202, 436, 620) y menos, la referencia a realizarse «iuxta quartum ordinem» (195, 207) o «iuxta primum ordinem» (620), aunque son más frecuentes las menciones de su realización dentro de los seis meses previstos en aquella (195, 202, 207, 271, 280, 436, 609, 910, 612, 620). De hecho, la mayoría se celebran en la forma legal bajo la presidencia del sacerdote y el juez y asistencia de laicos o prohombres; pero hay algunos en que sólo figuran los testigos prestando el juramento, sin referencia a homologación por autoridad alguna. Disposiciones inter-vivos, pero con consecuencias sucesorias particulares, hallamos en números 208, 293, 375 y 416.

Pasando al área del derecho público, las relaciones feudales o de fidelidad son contempladas en algunos documentos, así, por ejemplo, el ya aludido convenio de R. Berenguer I con un noble sobre el castillo de Begur, conocido con anterioridad (80), y los concertados entre nobles sobre posesión de tenencias, con el compromiso de prestar ayuda «contra cunctos homines et feminas» salvo el conde de Barcelona (148), o de entregar la potestad de requerimiento del señor (212), concesión condal de la castellania de Foix, bajo prestación de deberes feudales (133), de la batllia de Palafrugell (618), de la *statica* de la villa de Anglesola (638), o de algunos mansos (604), todos los cuales, ciertamente diversos, presentan la nota común de basarse en el deber de fidelidad personal respecto al concedente.

También encierran notorio interés las actas que reflejan la administración de justicia. De una parte, registramos las emanadas de unos personajes —obispos, abades— que presiden la Audiencia, asesorados por un *iudex* (54, 76, 114), o que actúan personalmente como *cognitores causae* (482, 488, 490, 525, 550), raramente el *veguer* (555). Pero tanto o más numerosos que los de este grupo son los concluidos, *laude et consilio* de diversos varones o prohombres, como resultado de una mediación arbitral o amistosa, según se expresaba, por ejemplo, en uno de 1086: «non tanto iudicando quam consulendo» (127). Incluso el propio batlle real,

junto con otro personaje, parecen haber actuado en esta calidad ya que se expresa que los contendientes, «venerunt ad bonum finem» en potestad de ellos, «qui pro bona pace dixerunt .» (637). El espíritu pactista o transaccional, tan arraigado en la sociedad catalana de la época, halla una manifestación en este círculo judicial. Semejante carácter puede atribuirse a las numerosas concordias o convenios entre particulares, renunciaciones y *definitiones* que se cerraron después de un período de disensiones o desavenencias, o como se expresa textualmente, alguna vez, «post multas contentiones et placita» (núms. 336, 566, 467).

Sólo nos resta rubricar estas notas con el encomio a la benemérita Fundación Noguera, que ha patrocinado la publicación de esta voluminosa obra con la pulcritud y esmero que distinguen a toda su producción editorial.

J M^a F R

ALVAREZ VIGARAY, Rafael: «El sistema del derecho civil en la literatura jurídica del siglo XIX», separata de *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 1983, núm. 3, Madrid, Reus, páginas 321-427.

Mi antiguo alumno en Granada, catedrático hoy de Derecho Civil, ha querido rendirme un homenaje que mucho le agradezco. Apartándose por un momento de sus agudos trabajos dogmáticos y exegeticos, ha realizado uno en la línea, objeto de curiosas tergiversaciones, consistente en el manejo y la lectura de los libros jurídicos. Ocupando todo un número de la veterana revista, 106 páginas, es real y legalmente un libro, merece una reseña en nuestro hogar. Inicialmente, el método —si cabe esta palabra— está orientado a contemplar los libros de derecho en la totalidad de su volumen y aun en el conjunto de la obra de un autor, esta es la forma adecuada para nuestra asignatura que no sin motivo conservó mucho tiempo la nota de general. Pero tan interesante y aun superior es el intento de contemplar un tópico a través de una serie de libros y, si se alcanza, fructífero establecer la línea de continuidad que los une. Este adentrarse en cada libro y descubrir su íntima naturaleza, aunque sea en un punto concreto, significa también una aportación a su conocimiento general. El tópico elegido tiene ya por sí mismo, ese carácter y es muy característico, si consideramos que *sistema* quiere decir algo, diferente. Derechos sistemáticos los hay, pero en mi opinión, también hay derechos no sistemáticos. Wieacker en su PRG NZ (2.^a ed. 1967, pp. 165 y 275) ha precisado la noción de sistema, según la cual no es conveniente hablar de sistema de derecho primitivo o medieval, el sistema es algo que le ocurre a un derecho, o no. Muy acertadamente Vigaray pone en relación sistema y codificación. Los códigos modernos son sistemáticos, este es uno de sus rasgos. El autor indica la ausencia de sólidas obras doctrinales que antecidieran a la codificación española. En efecto, el intento juvenil de Cambroner, de realizar para España la obra de Heinke y Blackstone para Alemania e Inglaterra, quedó en el prolegómeno, tardíamente apreciado (ver mi *Ciencia Jurídica Española*, pp. 34-35). La influen-

cia de Savigny, ha visto muy bien el autor, fue débil y tardía. Su juicio de civilista es duro acerca de los libros españoles. La codificación *española* tenía como dificultad radical la pluralidad nacional de la monarquía, aunque se hubiera recubierto con la unidad constitucional de la Nación. También el sistema es dilucidado con el oportuno recuerdo de un trabajo del luego constitucionalista L. Sánchez Agesta, «Teoría del sistema. Historia del sistema de la ciencia del derecho privado», en *Boletín de la Universidad de Granada*, 1941.

El más antiguo autor examinado es Tomás Manuel Fernández de Mesa, que todavía pudimos añadir a nuestra CJE, página 63. En su *Arte histórica y legal* y en su *Arte de la interpretación* (1747), ve Vigaray, «el alborear de la nueva corriente favorable al derecho real en lucha con el romano y canónico», determinada, opinó, por el enérgico auto acordado de 1741. Puede aquí situarse la obra de Vizcaino Pérez (1748, *Compendio de Partidas*) con su pretendido orden natural. Más conocidas son las *Instituciones* de Asso y De Manuel, de acción configuradora más ancha y duradera, en Castilla y Aragón, desde 1771 a 1806, dato este terminal que siempre interesa, su plan sigue el de Justiniano con alteraciones que abren un camino, aunque Jovellanos no viera en ella suficiente «método raciocinado». La *Ilustración* (1803) de Sala, de quien añade el autor valiosas noticias; más perfecta y sistemática, más vinculada al derecho romano, la distingue una teoría general de las obligaciones.

Los proyectos de 1821 y 1836 determinan una época nueva. En ella las *Instituciones del derecho real de España*, de José M^a Alvarez (n. en Guatemala, 1777), difundido por varias naciones americanas antes de ser impreso en Madrid, 1829, con supresión de las disposiciones de la legislación indiana, contiene una acerba crítica de Sala, comprende también el derecho penal y procesal y sigue más de cerca que los anteriores el derecho romano, con la inserción de los mayorazgos entre las sucesiones. Nos era conocido el *Código Civil articulado* por Pablo Gorosabel (1803-1868), donde se cumplen los requisitos de la codificación en seguimiento del plan napoleónico, pero con fidelidad a las fuentes españolas, Fuero Juzgo y Novísima. Una segunda obra del mismo Gorosabel, *Examen de los principios del derecho civil español* (1834) en tres volúmenes, se adapta al sistema de su código. Ambas obras (impresas en Tolosa) constituyen al vasco en un antecesor del navarro García Goyena. Es un renovador y un anticipador. Una tercera obra de Gorosabel vino a ser la segunda edición, en 1846, de su *Código Civil*, ampliado, actualizado y reelaborado con el propósito de incorporarlo a la codificación oficial, que entre tanto avanzaba.

El abogado de la Audiencia de Galicia Juan Antonio de la Vega, publicó en aquel mismo 1832 su *Ensayo de un compendio de derecho civil general de España*, que seguía fielmente el código de Napoleón. Un año después, Roque Francés Romeu imprime en Valencia *Lecciones elementares iuris regi hispani ad mentem et methodum studiorum hodie vigentis*, que significan un retorno a Sala. Martí de Eixalá, a quien conocíamos como filósofo y mercantilista, es también autor de un *Tratado elemental de derecho civil romano y español*, Barcelona, 1838, que presenta algunas vacilaciones y también aciertos, sobre todo el de haber seguido a Pothier en el libro referente a las obligaciones, donde incluye el delito como fuente de ellas y la prueba en su aspecto material. El profesor y abogado don Cirilo Alva-

rez, en sus *Instituciones de Derecho Civil*, Valladolid, 1840, trataba de superar el Sala, mediante un plan sistemático y a partir de nociones capitales, con resuelto apartamiento del derecho romano, de cuya fatiga quería él librar a la juventud, y notable dependencia del código francés. José M^a Fernández de la Hoz (1812-1887) se lanzó a redactar un *Código civil con arreglo a la legislación vigente*, Madrid, 1843. Aunque individuo de la comisión encargada oficialmente de su redacción su obra es privada e independiente, en ella se entrecruzan los caracteres del código propiamente dicho y la compilación, su estructura, saltando sobre el proyecto del 51, fue adoptada en el de 1889. La fraternal colaboración de Pedro Gómez de la Serna (1807-1871) y Juan Manuel Montalbán (1806-1889) floreció en sus *Elementos del derecho civil y penal de España*, Madrid, 1841; 2^a edición corregida y aumentada, 1843, que vino a suceder, durante cincuenta años, en la enseñanza, al Sala, obra práctica, no presentaba en cuanto al plan grandes innovaciones. Joaquín Escriche (1784-1847), al que conocemos por su duradero *Diccionario* (cfr. CJE, p. 66), es autor también de unos *Elementos de derecho patrio*, en forma de catecismo, su tercera edición, de 1846, resume sistemáticamente buena parte del cuerpo de doctrina contenido en su obra principal. Gabriel Luengo y Serna publicó en Valencia (donde era sustituto de cátedra), 1848, unas *Instituciones teórico-prácticas de la parte de derecho civil que necesitan los jóvenes que se dedican a la nueva carrera de escribanos y actuarios*, con aciertos sistemáticos en el derecho de familia y simplificación derivada del objetivo profesional de la obra. La monumental de Benito Gutiérrez Fernández (1826-1885), sus *Códigos o Estudios fundamentales de derecho civil* (1862-1881), que hemos considerado como genuina tradición de nuestra asignatura, ofrece la sistemática que había de adoptarse en el Código de 1889, del que fue activo colaborador. Indole diferente tiene la *Jurisprudencia Civil de España conforme a las doctrinas del Tribunal Supremo*, I, Madrid, 1869, del fecundo publicista Manuel Ortiz de Zúñiga (n. 1806) que, siguiendo el plan de Gayo o romano-francés, con afortunada ejecución en cuanto a la parte general y notables aciertos en varios puntos, es el gran libro del derecho privado o judicial del siglo XIX, antecedente del Código. Las *Lecciones elementales* de Salvador del Viso, en Valencia, 1859, llevaron a la enseñanza las doctrinas del proyecto de 1851 y junto a innovaciones aceptables presenta algunos descoyuntamientos. Don Sabino Herrero (1831-1879) autor también de una *Recopilación de los derechos forales*, publica en Valladolid, 1872, un *Código Civil Español Recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con la jurisprudencia del T.S.*; aunque articulado, es efectivamente una recopilación, según la distinción convencional, su sistemática, sin atreverse a una lógica rigurosa, difería de la usual, y Vigaray la encuentra afin a la del Código suizo de 1907. José Sánchez Molina, su *Derecho Civil Español en forma de Código*, Madrid, 1873, ofrece para nosotros la particularidad de un apéndice con las disposiciones no derogadas de los antiguos códigos, pudo ponerse en serie con el proyecto en 1851. Clemente Fernández Elías, con finalidad didáctica, da a la luz en 1873, un *Novísimo tratado histórico-filosófico de Derecho Civil de España*, que se caracteriza por su plenitud y por haber captado ya el influjo de Savigny y otros alemanes.

En la inminencia del Código de 1889, y cuando ya trascendía algo de su contenido y estructura, aparecen los libros de Domingo Alcalde Prieto, *Curso teórico-*

práctico, sinóptico bibliográfico de Derecho Civil común y foral, Valladolid, 1880; del joven Mario Navarro Amandi (1895), *Código Civil de España. Compilación metódica*, Madrid, 1880, de nuevo con la asociación de los dos términos, el grande, o al menos más notorio Felipe Sánchez Román (1850-1916), también gran abogado, y sus *Estudios de Ampliación de Derecho Civil y Códigos españoles*, en Granada, 1879, donde tuvo una breve pero intensa actuación de cátedra, 2.ª edición en 1890, ya contemplado el código, notable prontitud, y por último, para poner el límite en lo que puede llamarse una perspectiva histórica, el asimismo grande Augusto Comas (1834-1900), perseverante crítico de la codificación y del código, también en cuanto a su sistemática, con su *Proyecto de Código Civil*, Madrid, 1885, texto de la enmienda presentada en el Senado contra el oficial y autor todavía de una *Revisión del Código Civil*, aquí, 1895, que no merece el olvido

Alvarez Vigaray ha llevado a término una excelente labor. Junto a unas pocas cosas que me alegra reconocer, sus páginas están llenas de otras nuevas para mí; autores de los que nada sabía y de los que ya podemos formarnos una idea; de otros, un adelanto, y junto a la precisa descripción, que sería bastante, su juicio tan esclarecido como ponderado. La gratitud, como la admiración hacia él y su obra, son mías

RAFAEL GIBERT

BARAUT, Cebrià: *Els documents dels anys 1010-1035 de l'Arxiu Capitular de la Seu d'Urgell*, en «Urgellia» IV (1981), pp. 7-186.
Els documents dels anys 1035-1050 de l'Arxiu Capitular de la Seu d'Urgell, en «Urgellia» V (1982), pp. 7-158.

Continúa el P Baraut la publicación de los documentos urgelenses altomedievales de cuyas primeras entregas (hasta el año 1010) dimos cuenta ya anteriormente en este *Anuario* (vols LI y LII). En las dos presentes, que ahora recensio-
namos conjuntamente nos ofrece la documentación de la primera mitad del siglo XI con un total de 327 documentos (núms 315 a 637) de la numeración correlativa de toda la serie) casi todos inéditos, y una gran parte originales procediendo las copias casi siempre del Cartulario de la Catedral, compuesto en el siglo XIII

La presentación de estas dos partes del elenco documental urgelense, ofrece las mismas características que las anteriores ya reseñadas con una valiosa introducción del editor en que destaca las características de los diplomas reunidos, una clasificación, por su naturaleza con referencia a los ejemplares más señalados de cada tipo, personajes intervinientes, clase y situación de bienes afectados y unas indicaciones finales de índole cronológica y diplomática

Corresponden las piezas ahora dadas a luz, a un período interesante en la historia urgelense y en la general catalana. Es la época del largo pontificado del obispo de Urgel, San Ermengol, del más breve de su sucesor Eribau y del de los inicios de Guillem. Estos prelados, junto con los jefes de las Casas condales urgelenses principalmente, pero también de Pallars, Cerdanya y de Barcelona, las viz-

condales de Urgel, Osona, Cerdanya, Conflent y Berguedà, aparecen con especial relieve como titulares de buen número de los actos jurídicos documentados o están presentes en ellos de alguna manera. Señores territoriales, hombres libres, y algunos «sirvientes» (doc. 346) y siervos sarracenos (docs 401, 415, 464), completan la conformación social del mundo reflejado en estos diplomas

Donaciones, ventas y permutas constituyen numéricamente la mayor parte de los documentos reunidos, con análogas características a los de los períodos anteriores —ya señaladas en su día— y que en general tienen por beneficiario el patrimonio de la iglesia de Urgel y de su canónica, aunque son numerosas también las transacciones entre particulares. Aumenta el caudal de los testamentos, en la forma ya conocida, y a su lado se registran, bien que en menos número las adiciones o publicaciones sacramentales, realizados a los seis meses de la muerte del testador, según el precepto de la ley visigoda, explícitamente manifestado en algunos casos (ver, por ejemplo, docs. 495, 499). En el 328 se registra el rechazo de una impugnación a tal forma testamentaria, por haber transcurrido el citado plazo de los seis meses sin haberse probado la invocada falsedad de los testigos de la misma.

En otra área del derecho privado, cabe anotar la *carta pignorationis*, del documento 385, que refleja una prenda sin desplazamiento, pero que acarrearía, llegada la insolvencia, el pleno comiso en manos del acreedor.

Como signo de los tiempos, empiezan a delinearse por esta época, las primeras, aun borrosas, estructuras feudales, bien que el propio término *fevum*, no reviste un sentido militar, sino el de una tenencia opuesta a la posesión libre («tam fevum quam francum», doc. 625), «nec de suos fevos nec de suos alaudes», doc. 484). Registramos por una parte, varios juramentos de fidelidad, todos prestados al obispo de Urgel, por parte de condes o señores territoriales, con el clásico perfil de promesa genérica de no perjudicarle en su persona y bienes y prestarle ayuda contra cualquier perturbador (docs 483, 484, 485, 487, 488). Sólo dos de ellos se prestan por la concreta tenencia de un castillo (docs 489 y 531). Por otra, van proliferando las *convenientias*, de distinta índole, alguna para concluir un deber de fidelidad y ayuda (doc. 486) que es jurada en documento aparte (doc. 487), otras para establecer una tenencia vitalicia de una parroquia, «propter amicitiam quod abeam de vobis el propter vestrum servicium» regalo ofrecido anteriormente por el recipiario, quien tendría aquella «in servitium» de la sede concedente, para volver a la misma tras su muerte (doc. 341), y otras para organizar la tenencia de un castillo. En éstas se precisa de modo expreso, la situación del *castellanus*, con la doble fidelidad respecto al señor superior y al feudatario (docs. 584, 631, 632) y sus deberes concretos «ostes et cavalcas cum suo conduit et suos placitos» (doc. 632), el primero a prestar junto «cum omnes cavallarios» (doc. 605) o además «omne servitium quod homo facere debet ad seniore suum» (doc. 515, relativo a la tenencia de una parroquia). Pero hallamos, a su vez, la tenencia de tierras, castillos e iglesias de la Sede urgelense, por el magnate Arnau Mir de Tost, con el único deber de «ominatico» (doc. 596), sin otra prestación alguna. Como nota singular, señalamos que en uno de los convenios de fidelidad ahora aludidos, el celebrado entre el conde Ermengol II de Urgel y el obispo San Ermengol, se establece que en caso de desavenencias ésta se resolverá por el juicio de dos

hombres elegidos uno por cada parte, y si ellos no llegaren a un acuerdo se procedería «ad iudicium Dei in aqua frigida per singulos homines» (doc. 486).

Una atención especial merecerían las actas de juicios, de gran interés tanto para conocer la organización judicial, como el procedimiento y el derecho aplicado. En rigor no se diferencian sustancialmente de los aparecidos en la época inmediata anterior. El tribunal se reúne bajo la presidencia de algún conde (docs. 390, 398, 425, 479, 491 bis, 539, 570), vizconde (docs 493, 530, 612) y más raramente, del obispo (docs 560, 612) siempre rodeados del *iudex* o *iudices*, artífices técnicos del juicio, y de un número indeterminado de *bono homines*, apelados algunas veces como «auditores et visores de placitum» (docs 356, 750. .) Pero no faltan casos en que son los *iudices* quienes presiden el tribunal y actúan sin la presencia de los condes (docs. 372, 380, 391, 416, 438), bien que se expresa en alguna ocasión haber sido instituidos como tales por el conde (doc. 391) Entre estos jueces destacados por su pericia en dirigir el proceso, en una u otra forma, practicar las pruebas, invocar los fundamentos legales, etc , cabe mencionar al famoso Pons Bofill March, que aunque de radicación barcelonesa intervino también en varios plácitos urgelenses (docs 356, 370, 391, 416, 438) alguna vez precisamente como directos del proceso «assistentibus ibidem iudice Bonofilio Marcho instituto a domno Ermengaudo, comite, in Orgellitano comitato derimere causas» (doc. 391), «in audientia Bonifilii iudicis» (doc. 438) Las pruebas eran decisivas para el resultado del juicio. La documental aparece con notorio relieve en algunos casos con cuestionamiento de la autoridad de los instrumentos aportados (docs 560, 570, 612) A su lado y más bien, en su defecto, aparece la testifical, con juramento (doc 491 bis, 539), registrado alguna vez, en documento aparte (399), así como el de una de las partes (doc 570) El juicio se termina casi siempre por «exvacuatio» del litigante perjudicado por la prueba, con raro pronunciamiento de sentencia formal (docs 530, 539) Señalamos, por su notoriedad, el juicio de Fons de 1024 (doc 390), con la presencia de varios condes (Barcelona y Urgel), magnates, y del citado Pons Bafill Marc, el lujo de pruebas desplegadas en el mismo (con aportación de numerosas escrituras incluso de Bulas Pontificias y Capitulares francas) la invocación de la ley gótica, y la singular anotación de haberse satisfecho como precio del juicio 1 200 sueldos para el conde Ermengol, y 300 para el juez Bofill Marc. También merece registrarse el juicio de 1041 (doc. 539) de gran complejidad procesal, referencias a las respectivas pretensiones de las partes, actuación de Senderedus «iudex Ceritaniensi qui iussus est iudicare causas audire et legibus diffinire» e invocación del precepto del *Liber* sobre la posesión de 50 años

Celebramos esta prosecución del diplomatario urgelense, y confiamos que con igual ritmo el P Baraut nos ofrecerá las piezas correspondientes de las sucesivas etapas cronológicas, con la misma diligencia y cuidado que ha aplicado hasta ahora

J. M.ª F R.

BONO, José; UNGUETI-BONO, Carmen: *Los protocolos sevillanos de la época del Descubrimiento*. Introducción, Catálogo de los Protocolos del siglo XV y Colección documental, Sevilla, Junta de Decanos de los Colegios notariales de España, Colegio Notarial de Sevilla, 1986, 459 págs.

He aquí un hermoso libro de antiguo derecho notarial español, su autor acreditado por una monumental historia del mismo, que los lectores del Anuario pueden conocer a través de su reseña por don Alvaro d'Ors (AHDE 49, 1979, 744-748, noticia del tomo I 2, 1982, allí 53, 1983, 653), de cuyo primer tomo me he ocupado en la Revista de Derecho Notarial, Madrid, núm 107, enero-marzo, 1986, pp. 449-461, mientras la del segundo yace en mi correo académico, 18 de diciembre de 1985

Se trata de un excursus de esa obra principal, proyectado hacia la magna celebración de 1992, pues sin duda desde este ángulo del Notariado y el documento público es posible también alumbrar una época. Para nuestro punto de vista es el derecho lo que ilustran estas páginas de dura erudición, debidas a la feliz unión de un matrimonio, que es, como se sabe, la institución fundamental

Mucho se ha ponderado el interés de los protocolos notariales en nuestra asignatura. Habré de referirme a mi HGDE (1968), *sub voce*, que lo trata en Castilla, Navarra, Aragón, Cataluña, Valencia y Sicilia (pp 229, 291, 304, 348, 402 y 424). El protocolo notarial fue objeto de la comunicación de Bono Huerta a la VI Semana de HDE, Madrid, 1983. Cfr «Notarios en la Historia del Derecho» en aquella revista de su dedicación 121-122, julio-diciembre 1983, 413-437. Como director, desde 1973, del Archivo Histórico de Protocolos de Sevilla, él ha emprendido su catalogación, y aquí nos presenta un amplio regesto y una colección representativa de sus fondos entre 1441 y 1500. Sumo acierto, porque es preciso elegir y eliminar. La reproducción completa, exhaustiva, oceánica, adecuada para otros fines, es indomitable e inconveniente para los de nuestra disciplina jurídica. Esta labor artística es la que confiere a ese material histórico la calidad precisa de libro de derecho, que es el objeto de la asignatura.

Oportuno parece recordar lo que decía Ortega y Gasset en ocasión semejante «Un libro de ciencia tiene que ser de ciencia, pero también tiene que ser un libro». Este relata una noble tarea en la que el autor del preliminar asocia el nombre del oficial don Rafael Lago. El orden adoptado consiste en los oficios notariales. Una breve ojeada que ya desde el principio arroja el autor sobre el catálogo nos muestra la riqueza de estos documentos: los grandes personajes, Colón, Pinzón, Fonseca y la multitud venida de Castilla, Galicia y Extremadura que arrendaba sus servicios a soldada, por precio cierto y el pasaje a Indias, negocios mercantiles, compañías, préstamos a la gruesa ventura, comisiones, libramientos fiscales, cobro de créditos, fletamientos y comendas, abastecimientos, la especialidad de don Eugenio d'Ors. Aspectos cotidianos de la vida de la ciudad sobre la que empezaba a soplar un viento nuevo de espíritu mercantil.

Ocupa la primera parte del libro la nómina de notarios hispalenses del siglo XV y siguen las Ordenanzas de los Reyes Católicos en la fecha gloriosa, historia propiamente de la legislación, distinta del derecho y la jurisprudencia, pero también

interesante e importante, un aspecto de la construcción del Estado moderno que hoy vemos disolverse, cuyos artifices fueron. Venían los notarios a Sevilla de León y Castilla, tras los conquistadores, y figuran en el primer repartimiento, 1253, de la ciudad. Desde esa fecha hasta 1291 se suceden cuarenta escribanos públicos, del rey o del concejo, o simples *scriptores*; por privilegio reconocido en 1267, correspondía a la ciudad el nombramiento de los suyos, tarde aparecen los apostólicos. El Ordenamiento de 1360 (ed Sáez, AHDE 17, 712-750) da por supuesta su existencia. A fines del siglo XV se organiza su cabildo con un mayordomo. Los protocolos examinados arrojan una nómina de otros cuarenta escribanos, cuya prosopografía ofrece una viva estampa del oficio. Ocupaban un lugar destacado entre la burguesía mercantil; algunos alcanzaron el influyente oficio de jurado de barrio o colación, propietarios, arrendadores de tierras, ventajosos matrimonios. En fin, el Notariado. No tenían vedado el comercio, ni la participación en los negocios ajenos ni las contrataciones públicas. Sus casas estaban separadas de las tiendas de escribanía. Redactaban los documentos con buen estilo, pero no eran muchos los bachilleres entre ellos; de sus pocos libros ha sobrenadado uno grande con las leyes de don Alfonso en Alcalá de Henares y otro de la Quinta Partida. Alguna rara incursión política. Juristas, pues, aunque pertenecientes a los clasificados por Stintzing como semiletrados; juristas no académicos. El propio Bono insiste en el sentido jurídico como el convencimiento de estar subordinados a la norma legal. Uno de ellos ha registrado el día en que empezaron a firmarse las notas, conforme a lo ordenado por los Reyes Católicos (en 1492, luego es anterior este requisito consignado en la ley de 1525 recopilada en Novísima X, 23, 7), de modo semejante se acogían otras pragmáticas. Forman el estamento 18 escribanos públicos, comunicados sus protocolos, y estrechamente vinculados ellos con los *scriptores* asalariados o «escribanos de Sevilla» no sólo por el trabajo, sino también por enlaces familiares y negocios. Contratados por años, con alimentos, habitación y salario fijo o participación en los honorarios. Las ordenanzas de 1492 tuvieron por objeto deslindar las competencias de los escribanos públicos del número y los del rey. Estuvieron vigentes hasta el siglo XVIII.

Un libro hay de Tomás de Palomares, *Nuevo estilo de escrituras públicas y práctica de los privilegios de los escribanos de Sevilla*, allí, 1645, 2ª edición Madrid, 1656. Para mí, lo esencial. Testigos necesarios de las escrituras eran los dos escribanos, más tarde llamados oficiales (de pluma dice Dou), que acompañaban al escribano público, el notario, según la práctica acreditada en el siglo XIII. Ahora se reguló su nombramiento, edad 18 años, examen ante el cabildo de escribanos, al que concurrían para tal efecto dos alcaldes o uno y un veinticuatro. Aparte de hallarles hábiles, debían probar haber usado y cursado cinco años el oficio. No cabe su renuncia en persona determinada, prohibida la permuta. Se daba, en cambio, la sucesión de padre a hijo en las escribanías públicas, supuesta la habilidad del heredero. Debían residir continuamente de dos en dos en las nueve tiendas que tenía la ciudad, más uno en Triana por disposición de los Reyes, sin dejarlo todo en manos de los oficiales. Cada uno actuaba por sí con protocolo separado, aunque sea posible la comunicación, y arca separada. Dispusieron los Reyes la incompatibilidad de la notaría y el oficio de jurado, debiendo elegir una u otra los que disfrutaban de ambos, y obligaron, en su Ordenanza de Alcabalas de 1491, a

pasar copia de las escrituras a sus arrendatarios, lo que dio lugar a un enojoso conflicto.

El análisis del protocolo, medular instituto, ya estudiado en general por el autor, es una pieza de primera mano «conjunto ordenado cronológicamente y en forma de libro (por lo que se convierte en estudio del derecho, según el autor que seguimos) de la redacción primera de los negocios jurídicos autorizados por un notario en un período determinado, generalmente un año» Esta primera anotación es un texto breve Hay, pues, dos redacciones y aun en Castilla tres (Espéculo IV, 12, 8), dividida la primera en el libro de notas (que deben ser rotas, según el Espéculo) y el registro. Así, en Sevilla, triple redacción, con aspectos peculiares, en los que se explaya el autor, como experto profesional, y cultivador de esa historia especial.

Reproduce las Ordenanzas de 1492 en su edición de Sevilla, s l n a , numerados los capítulos y párrafos, errores corregidos y puntuación moderna Ofrecen un cuadro sumamente animado del oficio y sus contradicciones, como dicen ahora, o sus conflictos, ocasión del derecho, de sabrosa lectura Reflejan una clara organización del oficio, con ciertos antecedentes por Juan II y Enrique IV que intentaban reprimir inveterados abusos, lo más intolerable la invasión del terreno acotado en favor de los escribanos públicos del número de la ciudad por los escribanos del rey Hábilmente extractados y con reproducción de las expresivas notas marginales, se nos ofrecen cerca de 1 100 documentos de un centenar de libros, cuadernos y hojas sueltas, apenas necesario decir la precisión, riqueza de detalles en este análisis jurídico de la documentación, y el mérito de esta contribución a la llamada historia del derecho privado, simplemente derecho, así ya Heinrich Mitteis, *Deutsche Rechtsgeschichte* (1949) y *Deutsches Privatrecht* (1950)

Muy cuidadosos índices de escribanos y otros nombres de personas, de moradas y lugares, y sobre todo de negocios jurídicos, donde campea la autoridad del notario La colección documental comprende 100 piezas, entre las fechas indicadas, cuidada antología Llamarán la atención un contrato de cuasi matrimonio, para que luego digan, los tiempos que vivimos (22), el traslado de una ley de la «compilación» de Montalvo y ostentación del libro (46), una biblioteca jurídica dada en prenda (55) y un pacto de no percibir nada el abogado si el pleito se perdiese (79) Una verdadera obra de maestro, con paciencia de aprendiz, prenda también segura de la continuación de su tratado de historia general del Notariado, para el cual la jubilación anticipada ofrece al autor la más favorable ocasión y a su discípulo y viejo amigo, la de leerlo

R GIBERT

CALERO, Antonio M.^º (coordinador): *La Corona en la historia constitucional española*, número monográfico de la *Revista de Estudios Políticos*, 55 de la Nueva Epoca, Centro de Estudios Constitucionales, enero-marzo de 1987, 434 págs.

Ha tenido la Revista de Estudios Políticos la iniciativa, no sé si feliz por cuanto diré, de consagrar un número de historia a la Corona como institución constitucional. Su razón la expone una *presentación* editorial: «Se trata de abrir el camino para el tratamiento, con profundidad y rigor, de una de las instituciones medulares de nuestro sistema político», así parece que no sólo histórico. Ha corrido la coordinación a cargo del profesor del Departamento de Historia Contemporánea de la Universidad de Madrid II, antes Autónoma, Antonio M.^º Calero, participando otros historiadores y algunos iuspublicistas. Historiadores del derecho no intervienen.

Tras una entrada de Luis Sánchez Agesta sobre *perfiles históricos de la Monarquía constitucional*, se ocupa Carlos Seco Serrano del capítulo de *relaciones entre la Corona y el Ejército*, respaldándole su libro *Militarismo y civilismo en la España contemporánea* (1984), del suyo sobre *la Jefatura del Estado en el Derecho Público español* (1979), Angel Menéndez Rexach sólo saca a su vez provecho para un artículo de *separación entre la Casa del Rey y la Administración del Estado* a los inicios de la época constitucional, de una consideración más amplia de la posición de *la Monarquía en los orígenes del Constitucionalismo español*, y con el bagaje de su volumen sobre *Teoría del Estado* cuando tales mismos orígenes (1983), se encarga Joaquín Varela Suanzes; del llamado *poder moderador de la Corona en época de Isabel II* trata Juan Ignacio Marcuello, con la base de su tesis sobre *Práctica parlamentaria* durante parte de dicho reinado (1986), unos alumnos de tercer ciclo del mismo Departamento de Historia Contemporánea de Madrid II, Margarita Mas y Rafael Troncoso, contemplan dicho mismo supuesto de un *poder moderador durante el reinado de Amadeo I*, de *prerrogativa regia en la Restauración* versa el trabajo del propio Calero, dando al paso noticia de un estudio colectivo realizado bajo su dirección y el patrocinio del mismo Centro de Estudios Constitucionales sobre *El poder moderador en la Restauración*, de la misma *prerrogativa* presuntamente moderadora para un segundo período de la Restauración, y con sustentos como el de su *Problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera* (1980), se ocupa Mariano García Canales, tras unas páginas de Juan José Solozábal sobre *sanción y promulgación de la ley en la Monarquía parlamentaria*, se cierra el número con notas historiográficas y bibliográficas.

De su interés no puede dudarse, la parte sustancial y el asunto central han sabido ya encomendarse a sus conocedores más monográficos, quienes además no se han contentado con repetirse. Mas no voy a reseñar individualizadamente las aportaciones, sino a recensionar menos dispersamente el volumen u obra común. Su cuestión ya ha quedado formulada, una revista de estudios *políticos* de un centro dicho *constitucional* patrocina un abordaje *histórico* de una institución que se proclama medular en *nuestro* sistema, las interrogantes pueden fácilmente seguir: ¿Dónde llega la política? ¿Y dónde queda la Constitución? ¿Qué hace en fin aquí la historia? ¿Cuál cabe y con qué papel?

Menos fácil es mantener las preguntas separadas. Véase el propio arranque de Sánchez Agesta; según él nuestra Corona «aparece como una institución histórica . con la monarquía visigoda», existiendo desde entonces y trascendiendo a la actualidad desde su historia «este es el presupuesto de que hay que partir, como titularidad y ejercicio de un poder consistente en una institución que por su origen podemos llamar tradicional y se modela y se limita a través del Derecho constitucional». Aparte cuestiones de estilo, he aquí una historia que ya ignora el derecho constituyente contemporáneo, bien reflejado para sus inicios por las páginas de Varela Suanzes en base precisamente a la misma *Historia del Constitucionalismo* de Sánchez Agesta. Lo que Varela no hace es crítica historiográfica. confrontar el momento de dicha *Historia*, con una dictadura que se quería constituyente de la misma Monarquía, y el actual, con una Monarquía que por lo visto la Constitución sólo «modela» y «limita». De una política a otra.

El mismo Seco Serrano, en la última parte de su artículo, recuerda cómo la anterior operación de fundación monárquica ya también se extendía a una conexión con la historia que sirviese a la continuidad del propio régimen totalitario «disparate maniqueo» dictamina. Mas este sentido de la crítica se pierde al finalizar con referencias a la situación actual, la sentencia condenatoria de una operación ya también cubre la participación en otra. Y no se ajusta el historiador al tema peor que el constitucionalista, su artículo se ha atendido más estrictamente al período constitucional, delimitando desde el comienzo el terreno y respondiendo así también mejor al planteamiento editorial de la empresa. Sánchez Agesta ya lo traicionaba, pero menos por desvirtuarlo que por dejarlo con su exceso en evidencia.

La que se desvirtúa es la historia, ya la desfigura el concepto que aquí preside de *poder moderador*, tan caro ahora a los historiadores de vocación publicista y así también acariciado por los constitucionalistas que más difícilmente pueden hablar de *poder* respecto a su Monarquía. A los primeros les parecerá que explica unas realidades históricas; a los segundos, ya no mirando al pasado, no parece disgustarles la forma como viene a situar la institución por encima de derechos y poderes y de espaldas a discontinuidades constituyentes. Distinguir una cosa de la otra también constituye una penosa tarea, entre historiografía y iuspublicismo, se estrechan moderantismos, entre historia cortesana y publicística obsequiosa, méritos o responsabilidades, según se quiera, se confunden.

Que la categoría de *poder moderador* rinde malamente cuenta de la posición histórica de la Monarquía, y no sólo por idealizar funciones, parece cosa patente; el intento más elaborado de exponer aquí su alcance, debido al propio Calero, no justifica precisamente el concepto. Extraña el empeño de su relanzamiento, como también su persistente exclusividad monárquica, con su silencio sobre otras formas de Jefatura del Estado y sobre otros tipos de instituciones que, menos opaca por más democráticamente, han podido venir a hacerse cargo de funciones semejantes. A la pérdida definitiva de algunas realidades históricas parece que hay constitucionalistas que no acaban de resignarse. Viene entonces, entre ingenuidades y malicias, gratuidades y remuneraciones, la operación.

No todo es política por supuesto. La iniciativa encierra desde luego su interés científico. De la contaminación podría incluso fácilmente haberse preservado con

sólo definir más comprensivamente su objeto: *la Jefatura del Estado*, por ejemplo, según la misma pista del título de Menéndez Rexach sin su refundición, que ya sirve al propósito, de un *Derecho Público español* por encima de distinciones precisamente constitucionales. Hubiera entonces por supuesto surgido la confrontación republicana de tanta conveniencia científica como inconveniencia al parecer de otro género. la definición de objeto ya llevaba su política o ya no exactamente respondía al objetivo de *estudios*, y menos *constitucionales*, de una revista y un centro. Aunque las escasas páginas del secretario de la primera, Juan José Solozábal, son las únicas que apuntan dicho otro horizonte. De cómo se gestó la empresa, decidiéndose el objeto, no se nos da noticia.

La historia ya no tenía mucha escapatoria, pero no todo tampoco es contaminación política de última hora. Arrastra y trae sus impurezas. El propio coordinador olvida la ponderación de su artículo abandonándose a los complejos menos constitucionales en sus comentarios bibliográficos anima finalmente la idea de reducción de nuestra historia constitucional a la perversión de unas sociologías capilares frente a la moderación definitiva del poder nuclear. Late su contraste apologético también de cara a la situación actual. Y hay reflejos aún más inconstitucionales; también en comentario bibliográfico García Canales se revuelve frente al planteamiento de *Fascism from above* de Shlomo Ben Ami: no quiere ni oír hablar de la posibilidad de que la dictadura de Primo de Rivera representase la reacción contra un regeneracionismo parlamentario y no contra la corrupción. No caeré por mi parte en exageraciones añadiendo que también late un *fascism from below*.

No es además significativa en el conjunto de la empresa la reacción de García Canales, como tampoco lo era la de Sánchez Agesta. Abría una el volumen y la otra lo cierra. Tienen la virtud dicha de ponerle en evidencia, mas no le hacen ciertamente justicia. Entre ambos desbordamientos, y aun con un mismo lastre de fondo, hay sus buenas páginas de historia constitucional.

B. CLAVERO

CALERO, Antonio M.^a: *La División Provincial de 1833. Bases y antecedentes*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1987, 190 págs.

Se nos ofrece documentación y estudio del proceso que condujo al mapa provincial de 1833, esto es, como es bien sabido, a la división básica territorial de toda la España contemporánea. Se da así conocimiento de los expedientes formados bajo la Constitución de 1812 y en cumplimiento de su artículo undécimo: «Se hará una división más conveniente del territorio español por una ley constitucional...», aunque como tal *ley constitucional* no fuera precisamente como llegase a establecerse dicha división. Frente a lo que afirmara Gonzalo Martínez Díez (AHDE, 51, 1981, p. 587) y como ya lo había comprobado Eduardo Garrigós (M. Artola, ed., *Economía del Antiguo Régimen, IV. Instituciones*, 1982, pp. 56-75), tales expedientes se conservan en el Archivo de las Cortes.

Faltaba, y sigue sin localizarse, el de la división definitiva, su relación genética con los constitucionales ya se sabe por comparación. G. Martínez Díez llegó a alegar como prueba de su utilización en 1833 su presunta desaparición «sin dejar tras de sí el menor rastro» del archivo parlamentario, menos imaginativo, Calero sigue dando por extraviados tan sólo los papeles de la última fecha (p. 42) y vuelve al más seguro para el caso procedimiento comparativo, con la base ya del estudio más cumplido (aun reservándose la cartografía, p. 44) de la documentación central localizada.

En sustancioso apéndice ahora se edita parte selecta de estos materiales, consistiendo en su exposición y glosa un estudio cuyas mismas citas sirven para complementar dicha edición. El objetivo inicial era más ambicioso: «averiguar si el hecho de la división provincial tuvo alguna incidencia en el surgimiento y evolución de los regionalismos y nacionalismos posteriores» (p. 81), ambición que remite porque la relación no sería la esperada, pero también porque el horizonte de la indagación se habría estrechado («limitándonos a su exclusiva dimensión territorial —del tema—, y dejando a un lado la mucha más importante institucional y política», p. 82).

Tampoco del todo la ambición se ha perdido: se comienza con un epígrafe intencionadamente titulado *la razón provincial* y expresamente enfrentado a «la condena más radical» que de esta división siguen efectuando «los nacionalismos llamados periféricos», y se concluye con un capítulo sobre *el provincialismo*, esto es, para la época regionalismo, con particular consideración de los casos vasco y catalán «por ser éstos los territorios españoles en que el nacionalismo ha adquirido mayor intensidad y conflictividad». El objetivo —casi el blanco— se ha mantenido.

Pero antes de la cuestión *provincialista* viene la *provincial*. los proyectos de división de 1813 y 1821 y las divisiones de 1822 y 1833. El término de partida, también a efectos comparativos, debe ser la división territorial legada por la época preconstitucional, en lo que Calero arriesga poco, se escuda en reservas bien prudentes. «No estaba claro el concepto de provincia», «unos territorios son provincias a unos efectos, pero no a otros», y así (p. 18). Son también advertencias oportunas, pero que ya debieran mover a una clarificación que no llega.

El estado de la cuestión venía en este punto marcado por el aludido estudio de Garrigós, que Calero ya prefiere no confrontar directamente. Eran unas páginas extrañas, uniendo el provecho de buenos materiales a las suposiciones más peregrinas, que ya pueden haber incrementado dicha misma sensación de opacidad y equívoco. Así, para la situación preconstitucional, elucubraba Garrigós (pp. 19-56) sobre cosas como una división territorial que se contendría en el decreto de abolición de fueros de 1707, para él perdido y desconocido, o como unos efectos para la administración territorial de «la abolición de señoríos eclesiásticos en 1805». Perteneciendo a la misma escuela, o procediendo al menos el trabajo del mismo Departamento universitario, la confrontación y revisión más se debía.

Los mismos disparates de Garrigós ofrecían sus pistas que ahora quedan en vía muerta. El punto obligado de referencia para la situación preconstitucional que es la Nueva Planta, aquí ni se menciona (p. 24). El elemento de interés para

una división constitucional que es la efectiva abolición de jurisdicciones señoriales de 1811, aquí ni se plantea, su mantenimiento ya también abriría la propia posibilidad del establecimiento de la división provincial en momento no constitucional de cuya misma circunstancia, como veremos, aquí se hace gran mérito. Ni los proyectos de modificación del mapa eclesiástico interesan a Calero (p 34); ya parece que no debiera haberse considerado tan sólo una singular «división territorial del Antiguo Régimen» (p 15) la advertencia de concepto no se aplica.

Ateniéndose a datos, el procesamiento de los preconstitucionales ya también es insuficiente a los mismos efectos de arranque y contraste. Las Nuevas Poblaciones andaluzas, por ejemplo, aparecen como provincia suprimida antes de 1812 para luego versele existente, debiendo dividirse, en 1821 (pp 122 y 128-129). O véase el caso más confuso de Santander. se crearía como provincia en 1799 (p 17) y nuevamente, cual si no lo hubiera realmente sido, en 1822 (pp 124-125, 158 y 174); para Garrigós (p 51 y mapas de pp 100 y 101) habría sido también creada en 1799, transmitiendo además la impresión de que se mantuvo desde entonces; Martínez Díez por su parte (pp. 555 y 571) la daba por establecida, o más bien lo presumía, en 1820, tras que hubiera merecido desde 1799 consideración separada a otros efectos.

La cuestión es menos confusa, pero más compleja véanse los datos, más también que la lectura, de José Luis Casado Soto, *La Provincia de Cantabria, 1727-1833*, Santander, 1979, que ninguno de ellos aprovecha, se encontrará además una historia preconstitucional de formación más comunitaria y menos centralizada de provincia, «a manera de Guipuzcoa y Vizcaya», que enteramente a todos ellos escapa, con su reflejo también en el deficiente abordaje del caso vasco.

Pero un cierto mapa preconstitucional establece Calero, apreciando un punto de continuidad con los constitucionales que lógicamente se acentúa por dichas mismas insuficiencias de abstracción e incertidumbre de datos. La continuidad es realmente su motivo, detectándola superior entre los propios mapas constitucionales y el de 1833. Llegan éstos a parecerle casi iguales, levantándose una cuestión que se dice de envidia: «Cómo es posible que una división provincial prácticamente idéntica sirviera a objetivos políticos tan distintos (constitucionales y no constitucionales) es un problema a la vez político, administrativo y de historia del Estado». Suspende su respuesta, afortunadamente, porque ya el mismo supuesto de identidad resulta sumamente problemático.

Olvida en momentos Calero que finalmente se ha reducido a la dimensión territorial del asunto relegando «la mucho más importante institucional y política». El problema no es el mapa (aunque tampoco sea seguramente tan continuo como Calero asume: confróntese, por ejemplo, G. Martínez Díez, *Origen del nombre de Extremadura*, Badajoz, 1985, pp. 54-67), sino el tejido político o entramado institucional por el que precisamente se establece. Y aquí fallan las identidades. En la escasa medida en la que nos asomamos a esta dimensión decisiva, ya operan proyecciones que estandarizan imágenes.

Respecto al mapa institucional, y no sólo geográfico, de la Constitución de 1812, da por sentada Calero su semejanza con el actual (p 57). ¿Pero hay punto de comparación entre las Diputaciones representativas de entonces y las que vendrían definitivamente a establecerse? Toda su interpretación del edificio construi-

do en Cádiz adolece de la proyección. Vienen bien las citas, como la consabida de Muñoz Torrero sobre la unidad de la soberanía (p. 55), pero el propio curso de la exposición luego revela que son posiciones de parte, sin clara revalidación constitucional (pp 85 y 89-90)

En lo tocante a 1833, no es cuestión para Calero que no haya Diputación de especie alguna o siquiera algún asomo de principio representativo en la administración provincial. Le falta toda la base para planteamientos o conclusiones propiamente históricos, reduciéndose su acercamiento al de una ciencia auxiliar. Así deberá entenderse su mismo anuncio de que se trata de un trabajo «histórico» y no «teórico» (p. 8). La historia ha quedado en geografía, sin ciencia además geográfica, ni la de hoy ni la de la época; ya por sus carencias ésta tendría que tenerse en cuenta. Y a la postre su gran cuestión de «historia del Estado» viene a equivaler a sorprenderse porque cumbres y valles permanezcan inmutables cuando en el derecho de montes y aguas se producen cambios.

Y llegamos al *provincialismo*, donde abundan los indicios de que la construcción de Cádiz, con su mismo concepto provincial, ya era distinta y peculiar. Así entonces se instituyen Diputaciones de entidad política, con voz y competencia en nuestro mismo tema; se establecen en territorios que tenían perdida su propia entidad pública, como Cataluña, no se pierden en otros que la conservaban, como en las provincias entonces por antonomasia, las vascas. Creo de sumo interés, por lo que reflejan, los apartados catalán y vasco de este estudio.

Asistimos ya al debate sobre la integración del País Vasco, sobre la creación o no de una Diputación única, o al de la defensa del territorio de Cataluña, la Diputación catalana se opone firmemente a cualquier segregación, aunque acepta en cambio su subdivisión por las mismas limitaciones de composición y funcionamiento que le vienen de la Constitución; puede que ella misma trazase la división provincial de Cataluña (p. 94). De hecho, el principio rector de respeto a fronteras comunitarias, aun con sus divisiones internas, fue perfectamente asumido (p. 78). No se acoge aquí justamente el tópico de la inspiración francesa ya en origen del sistema provincial español que entre historiadores del derecho todavía reiteraba Martínez Díez y que entre juristas nos cansaríamos de ver.

Y en cambio ha tenido la mala prensa que comenzaba descalificando Calero. No puede entenderla ya por haber despreciado los elementos menos geográficos. Que el mapa provincial se impusiera en momento nada constitucional no es una circunstancia tan aleatoria, su espíritu administrativo de negación de política autónoma paso al propio sistema constitucional. Volvieron Diputaciones, pero no las de Cádiz. Del paréntesis no constitucional no sólo se heredó la geografía. El lastre ya ha venido dificultando la misma apreciación de la diferencia del proyecto gaditano. Aquí sigue pesando, pues no se ha perdido tampoco lastre por soltarse compromiso.

Desde la primera descalificación de los nacionalismos dichos periféricos se había asumido un compromiso que luego no se honra, mayor obligación había cuando ulteriormente vino el cuestionamiento de alguna relación justificada con el mapa provincial. Ya falta documentación y falta historiografía. ¿Cómo puede sentenciarse sobre la periferia con fuentes sólo centrales? ¿Y cómo añadir otros dictámenes sin la crítica y revisión historiográficas de rigor? Mala concepción de la

ciencia histórica la que incluso bloquea estas cuestiones: «Aquí no se pretende explicar cómo debieron ser las cosas, sino por qué fueron como fueron» (p 8), entre un deber en el que el propio debate se entiende comprendido y un ser que se reduce a cuestiones ya limitadas de hechos tampoco debidamente contrastados, la historia huye; ocupa su lugar la propia posición

La misma *condena* como verdadera *sinrazón* de la división provincial de 1833, incomprensible para Calero, ya remite a las dimensiones que desprecia, se ha empecinado el juicio negativo en la misma medida en la que se ha enquistado el espíritu que decíamos administrativo de este mapa. El deber ser ajeno que se ignora ya era, antes que opinión, experiencia, o también conocimiento. El requisito clásico del repaso de lo dicho y escrito sobre el propio tema no es un adorno para tesis, encierra su virtud instrumental de ciencia no sólo historiográfica, sino también histórica

Pero de virtud instrumental, precisamente auxiliar, se ha demostrado este trabajo Constituye instrumento y auxilio preciosos para la consideración de uno de los elementos claves de la estructuración, no sólo del Estado, sino también de la sociedad, de la España contemporánea

B CLAVERO

CANO BUESO, Juan: *La política judicial del régimen de Franco (1936-1945)*, Madrid (Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia), 1985, 194 págs.

Antes de entrar en su materia y como enmarcamiento, se extiende esta publicación en el repaso de los principales entendimientos de la función judicial durante la época contemporánea, desde los planteamientos más clásicos a los más críticos, para desembocar naturalmente en el problema de la posición del juez bajo los Estados de excepción no constitucionales. Pues los años que centran el estudio, sin una reclusión tampoco rígida, son los más característicamente o los menos encubiertamente totalitarios del régimen encabezado mediante una guerra civil por el general Franco (los años en que reaparecía, dicho sea de paso, este mismo *Anuario* sin faltar a la exaltación del general y del régimen)

En su objeto la *política judicial* de dicho periodo del régimen, esto es, su precisa actuación en dicho ámbito de la justicia, su «programa operativo y planificación de objetivos, medios y fines» al efecto (p 12), «con la advertencia expresa de que, lejos de hacer una exposición de la estructura jurisdiccional», tan sólo se tratan «aquellos datos o elementos mediante los cuales, directa o indirectamente, el Gobierno interviene e influencia la Administración de Justicia» (p 140), sin pasarse tampoco al contraste de esta «política del Régimen en relación con la judicatura con la política de la judicatura en relación con el Régimen, el grado de cumplimiento de las directrices de aquélla y la buena o mala disposición con que se efectuó» (pp. 166-167) Bien delimitado el objeto, la demarcación afortunadamente tampoco siempre se respeta, tocándose más que tangencialmente puntos descartados.

En concreto, y tras la dicha introducción teórica, primeramente se aborda la *política judicial especial* creación de instrumentos paralelos de intervención jurídica tanto en cuanto a criminalización como a procedimientos y tribunales. En segundo lugar se analiza la política judicial ordinaria, no poco también especial: depuración del personal, criterios políticos de ingreso, suspensión y recreación del Tribunal Supremo, control del aparato jerarquizado.

Los datos críticamente se sopesan. La evidencia del escaso alcance de la depuración política en el ámbito judicial que ya constaba por los estudios pioneros de José Juan Toharia, no lleva a la conclusión precipitada de una continuidad. El estudio de los mismos procedimientos de depuración, con consulta de expedientes, hace ver hasta qué punto el control fue exhaustivo y férreo; si pasaron mayoritariamente los jueces ya era por reunir las condiciones. La judicatura efectivamente depurada le resulta a Cano menos profesional e independiente de lo que le parecía a Toharia (pp. 124-126 y 174-175).

Y ello también porque intervino más de lo que ha querido reconocerse en la misma política de penalización incluso retroactiva de expresiones y conductas y de persecución no sujeta a requisitos de defensa. Fueron éstos unos años de proliferación de tribunales extraordinarios, con jueces militares y políticos (y dicho sea también de paso, con historiografía que descubría en el pasado las virtudes de una justicia no técnica como oportunamente descubrirá unas Cortes sin poderes), pero dejándose comprometer no menos la judicatura profesional y los tribunales ordinarios, cuya misma colaboración ya se precisaba para accesorias de responsabilidad civil, con sus confiscaciones y otros despojos, a la llamada política. Como aquí debidamente se constata, la estricta depuración ya facilitaba las cosas.

La solución de continuidad queda bien ilustrada, pero no siempre suficientemente precisa. Incluso en diversos momentos tiende a reducirse, y no sólo respecto a la Restauración, sino también frente a la República, a esto en parte ya mueve el modo como se han conectado las problemáticas judiciales del totalitarismo y del liberalismo en el momento de la teoría (p. 69, efectuándose la transición). Así puede llegarse a aseveraciones que en rigor desprecian la ruptura constitucional.

Enlazándose en la misma crítica desencanto liberal prefascista e insensibilidad constitucional marxista, llega de hecho a presumirse que la independencia de la función judicial ya era letra muerta en el constitucionalismo (p. 86), o igualmente se afirma que «la llegada al poder del franquismo va a connotar, a los efectos que nos interesan, un incremento del carácter administrativo, políticamente no autónomo, que la función judicial ostentaba ya en el régimen republicano» (p. 77). El problema reside en que este mismo contraste histórico propiamente falta, fallando ya la historiografía y pesando siempre la teoría. No se hace ésta enteramente cargo de las evidencias del propio estudio.

Hay exceso de teoría y déficit de historia. Lo primero, más que cuantitativo, puede ser posicional: son previas las ideas y como previas resisten. Lo segundo también es menos en sí que en su incidencia imputable al autor. Sabe bien éste, pues desde la introducción apropiadamente lo reseña, que no es la historia judicial contemporánea un terreno precisamente cultivado, pero no guarda siempre la prudencia que la propia constatación sugiere. Las fases anteriores, desde la Ley

Orgánica del Poder Judicial de 1870, constituyen sus obligados puntos de referencia, cuyos términos nunca enteramente se precisan. En apartados claves, como el de la significación política de la Presidencia del Tribunal Supremo (pp 156-159), se nota cuidado en distinguir el derecho anterior del mismo signo para la mejor apreciación de la nueva intervención, pero la precaución no es extrema, persistiendo imprecisiones.

La misma dificultad del terreno y la carencia de guías fiables ya aconsejan que esta publicación se valore no sólo por su indiscutible aportación positiva, sino también por su no menos indudable arrojo. El último punto que quiero discutir ya es ajeno a la obra del autor, pero no a la realidad del libro; me refiero nuevamente al problema de forma, no material sino jurídica, de edición.

No tanto como la justicia, la ciencia necesita independencia contar con ella y tenerla también garantizada. Esta sede ministerial de publicación, sin asomo de autonomía, no parece ofrecerla, pudiendo resentirse la distribución del producto como, más sustancialmente, su crédito. La publicidad de un trabajo de ciencia social, con sus mismas implicaciones políticas, no puede acogerse al régimen de la de unos textos administrativos o directamente políticos. Difícilmente ya se producirán dependencias como las del tiempo no constitucional (mis *obiter dicta* serán impertinentes, pero no gratuitos); fácilmente siempre habrá interferencias, aunque sean de sintonía como en el caso de este trabajo. Políticamente desde luego ello no le degrada, pero científicamente tampoco le dignifica.

B CLAVERO

CASTELLS, Luis: *Modernización y dinámica política en la sociedad guipuzcoana de la Restauración, 1876-1915*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1987, XIV + 521 págs.

A los pocos años de su obra menor *Fueros y Concierdos Económicos* nos ofrece Luis Castells ésta verdaderamente mayor, no sólo por el volumen. Se aprecia la distancia entre el tanteo de una tesina de licenciatura y el dominio de una tesis doctoral, comprobándose el rendimiento de un régimen de trabajo universitario.

El propio autor nos advierte del trayecto recorrido, con alguna estación intermedia (pp. 252-253), durante el tiempo de elaboración de la tesis ha atravesado lo que a su culminación entiende como «una tendencia a desorbitar la incidencia del factor Concierdo y a situarlo como la clave de la bóveda de aquella sociedad», llegando al punto de haber considerado «como hipótesis de trabajo que las competencias que se disfrutaban y la dinámica que se vertebraba a partir de ellas hacía(n) de cada provincia vasca un marco específico con su propio sistema político y tributario y con un grado de autonomía tan elevado que hacía de él un modelo disociado del resto del Estado». Tamañas suposiciones finalmente se le revelan «excesos», tras haber comprendido «que estas provincias están inmersas en una estructura político-social más amplia a la cual responden y que las pautas que se siguen en los distintos terrenos son un reflejo de los parámetros que dentro de cada instancia se producen en el Estado»

Más juega otra evolución hasta cierto punto compensatoria, referente al asunto de los Fueros y a su relación con los Concierdos. El motivo foral se pensaba salutar y episódico, como arma de movilización y presión en momentos de amenaza fiscal o similares. surge en cambio un panorama menos oportunista, con los Fueros impregnando la vida política provincial. Su presencia sigue siendo discontinua, pero más seriamente toca a problemas de fondo de su comunidad, con todo su lastre tradicionalista, su contradicción de un liberalismo que se siente obligado a situarse en su terreno y su tensión hacia un entendimiento más constitucionalmente autonómico o abiertamente federal. Y el Fuero impera, pese al sincero esfuerzo de los propios liberales: «No existe desde el punto de vista teórico, en tanto que proyecto ideológico, un fuerismo liberal» (p. 407).

Ambas evoluciones no sólo se compensan, sino que mutuamente se incitan, enriqueciéndose. De hecho la segunda evita una pérdida completa de la primera: «Se nos ha solido objetar acerca de la inconveniencia de hablar de un bloque de poder referido a la provincia de Guipúzcoa cuando es un concepto más amplio que abarcaría al conjunto de la formación española», pero éste ya ha entrado en el horizonte sin que el primero precisamente se desvaneciese, «y más aún en el caso del régimen de la Restauración» con todos sus caciquismos (p. 412). Y bien que se mantiene: «el estudio del bloque de poder que opera en la Provincia» es lo que le lleva a estudiar detenidamente a la Diputación como «un pequeño Estado» (la expresión no es suya, ni mía, pp. 217 y 438).

A nuestros efectos he aquí la aportación fundamental, pues lo es, de este trabajo. En una primera parte sobre *Proceso estructural y social de la modernización* ya se introduce en la materia, tratando de la infraestructura de comunicaciones y transportes, entra fuerte la Diputación; y no sólo, respecto a la transformación de la agricultura y la ganadería también, por ejemplo, comparece, ejerciendo competencias que así interesan a las diversas vertientes de un desarrollo económico. «La Diputación se convierte en la institución desde donde se promueven ya desde la segunda mitad del XIX, pero más específicamente en el último tercio de este siglo, la reordenación del agro» (pp. 119 y 148-149); respecto a la industria, bien igualmente se le trata, resaltándose aún más su alcance (pp. 73 y 243).

Más directamente se aborda todavía el tema en una cuarta parte sobre *Fuerzas sociales y poder político*, donde cumplidamente se analiza la política económica de la Diputación, reflejándose su margen de autonomía y más precisamente atendándose su sesgo de clase. Su capacidad adicional de concitar, fueros y concierdos exactamente mediante, un consenso comunitario, ha sido previamente contemplada en una tercera parte sobre *El conflicto y la organización de la hegemonía*. Con ello no se ha perdido del todo, afortunadamente, en efecto, aquella primitiva idea de consideración y examen de un sistema específicamente guipuzcoano. Se ha atemperado, acomodándose a las propias evidencias tanto de autonomía como de dependencia.

El estudio de la política financiera, sobre todo, de ello se beneficia. «En razón a las facultades que le concede el Concierdo, Guipúzcoa va a poseer un régimen autónomo y tiene gran libertad para regirse en los impuestos concertados» (pp. 439-440), aun con la resistencia final a reconocer la implicación más política de este mismo autogobierno. Aunque ya no se insista en ello, la propia fecha de

cierre del trabajo puede ser así interior: «Se produce a partir de 1916 una cierta inflexión en las orientaciones fiscales abriéndose un doble proceso interrelacionado que se manifiesta tanto en una cierta —recalquemos su limitación— modernización del sistema (incorporación del impuesto de utilidades y derechos reales; reglamentaciones más acordes con el tipo de sociedad) como en una mayor toma de conciencia de los desajustes de la imposición y de la conveniencia de ejercer una menor presión fiscal sobre los consumos» (pp. 455-456). Es un cambio reconocidamente inferior a lo esperado, lo que ya también acusa el vigor de un sistema provincial.

Aquella primera evolución no ha sido por fortuna efectivamente tan marcada. Un Estado tampoco es entonces un sistema cerrado, pese a todo su ilusionismo nacionalista. El estudio lo es realmente de un sistema guipuzcoano. Tampoco la segunda evolución se ha llevado a término, pero pesa no menos afortunadamente en menor medida. Resurge su primitiva idea en las conclusiones, que no siempre son tales. «Las reivindicaciones forales que en estos momentos (de renovación de conciertos) se manejan no son más que una envoltura para disfrazar este objetivo básico, y una vez renovados los cupos esas reclamaciones forales pierden intensidad» (p. 468). Poco importan estas vacilaciones cuando en el grueso del trabajo se contiene el testimonio más matizado y la exposición más viva de las manifestaciones forales de un hecho y de una conciencia diferenciales. Son realmente dichas vacilaciones expresión de la seriedad con la que se ha emprendido y conducido la investigación de un objeto un tanto indomable, ya indómito como sujeto.

Los capítulos de la *política* de la Diputación se encuentran con todo satisfactoriamente cubiertos. Menos lo están los de su *derecho*, el orden que la funda y el ordenamiento que la estructura. Sólo reciben alusiones más bien incidentales puntos tan claves como el régimen de recursos, por no hablar de los más interiores de constitución y funcionamiento. Una segunda parte sobre *Marco institucional y proceso político*, que ya por título debiera considerarlos, realiza una retrospectiva hacia la primera mitad del XIX, trata la aparición del Concierto, discute algo sus implicaciones y se extiende en la politología del período, mas no estudia sistemáticamente el referido *marco*. Es parte también enjundiosa, pero puede en ella justamente extrañarse este estudio más *institucional*. Aquí se echa en falta el sistema. Y no parece que se haya perdido, a este efecto no ha entrado en liza.

Mas cualesquiera que resulten los sistemas y subsistemas, dondequiera que se les sitúe y como quiera que entre sí se compongan, la publicación se sostiene. Con ella entramos en el estudio interno de los «pequeños Estados» vascos, posibilitándose la curación del estrabismo, o incluso de la propia ceguera, que viene aquejando a la historiografía.

- EPP, R.; LEFEBVRE, Ch.; METZ, R.: *Le droit et les institutions de l'Église Catholique latine de la fin du XVIII^e siècle à 1978. Sources et institutions* (Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident 16; París, Editions Cujas, 1981), 584 págs.
- CHEVALIER, L.; LEFEBVRE, Ch.; METZ, R.: *Le droit et les institutions de l'Église Catholique latine de la fin du XVIII^e siècle à 1978. Organismes collégiaux et moyens de gouvernement* (Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident 17; París, Editions Cujas, 1983), 478 págs.
- AUBERT, J. M.; METZ, R.; SICARD, G.; WACKENHEIM, Ch.; WINNINGER, P.: *Le droit et les institutions de l'Église Catholique latine de la fin du XVIII^e siècle à 1978* (Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident 18; Madrid, 1984), 662 págs.

A los dos siglos de la Edad Contemporánea (1789-1978) corresponden los tres volúmenes cuyo enunciado encabeza esta reseña. Esta era se abre con la Revolución francesa y demás revoluciones europeas y con la americana, que dieron al traste con el antiguo régimen en lo político, provocando en la Iglesia un inacabado proceso de puesta al día contrabalanceado a lo largo de estos 200 años por el movimiento inverso de nostalgia por el antiguo régimen y las correlativas formas de Iglesia. Esta época se cierra con el Concilio Vaticano II, que fue un hecho de Iglesia, de extraordinaria importancia, que dio las pautas para una global puesta al día, proceso que está pasando por una profunda crisis cuya solución es incierta y sólo el futuro nos la revelará. Aparte de otros acontecimientos importantes, se realizaron los dos Concilios Vaticanos de 1869-1870 y 1959-1965 y la promulgación de los dos Códigos de 1917 y 1983. El Vaticano I representa un serio intento de centralización en la Iglesia, que culmina en el Código de derecho canónico de 1917. Siguiendo una especie de movimiento cíclico, bien conocido de los historiadores, el Vaticano II propugna un movimiento descentralizador, más o menos recogido en el Código de 1983. Tal es, a grandes trazos, el contenido de una ambientación histórica, de unas 100 páginas, con que se abre el primero de los tres volúmenes aquí reseñados.

El cuerpo de esta obra está distribuido en cinco libros, en los que se desarrolla la siguiente temática:

- 1) *Fuentes de derecho canónico de esta época*. Concilios ecuménicos, y plenarios, decretos de los romanos pontífices y dicasterios romanos, estatutos sinodales, los dos Códigos de 1917 y 1983, la jurisprudencia, la ciencia canónica, el binomio derecho canónico-derecho eclesiástico.
- 2) *Instituciones propias de la organización interna de la Iglesia*. Cuadro social de la comunidad cristiana (laicos o fieles, clero secular y religioso).
- 3) *La jerarquía*. El Papa y los organismos inmediatos del Papa (curia romana, con sus organismos de dirección, administración, judiciales, secretariados) y el episcopado.
- 4) *Organismos de gobierno y de pastoral en torno al Papa y a los obispos*. Concilios ecuménicos, sínodo de obispos, conferencias episcopales, Concilios (nacionales, plenarios o regionales, provinciales), sínodos diocesanos, consejo presbiter-

ral y pastoral, poderes de la Iglesia (legislativo, ejecutivo, administrativo, judicial y coercitivo), Estados pontificios, Ciudad del Vaticano y Pactos Lateranenses acción diplomática e internacional de la S. Sede (Nunciaturas, Secretaría de Estado y los diversos secretariados y comisiones) y la participación de la S. Sede en los diversos organismos internacionales.

5) *Impacto del derecho en la vida o sociología religiosa* Expresiones de este impacto en el ámbito del pensamiento católico, manifestaciones de culto público y privado, lugares de culto y arte sacro, peregrinaciones y misiones internas, práctica religiosa, lugar que ocupa cada iglesia en el medio ambiente en que se realiza (a nivel político, social y cultural), magisterio pontificio a través de las grandes Encíclicas en torno a temas como la familia, educación a todos los niveles mundo obrero (doctrina social de la Iglesia, sindicalismo, capitalismo-liberalismo-comunismo, sindicalismo, etc), movimientos laicales.

El nivel en que se mueve esta obra no es ciertamente el de investigación de primera mano, sino el de síntesis de los estudios ya existentes, cuando realmente los hay. De ahí que son mejores aquellos capítulos que cuentan con la apoyatura de una bibliografía fiable precedente que los que se refieren a temas sobre los cuales no ha habido aún estudios serios. A veces no han sido utilizados los mejores estudios existentes, como ocurre, por ejemplo, con los apartados dedicados a la Península Ibérica y a Latinoamérica, lo cual se refleja, como es lógico, en la calidad de la síntesis correspondiente.

Un primer mérito de esta obra es el hecho mismo de haberla emprendido. Carecíamos de una síntesis de la historia del derecho canónico y de las instituciones de la Iglesia contemporánea. La proximidad de muchos de los acontecimientos, fenómenos y personas a nuestros días dificulta un juicio sereno sobre los mismos. El desigual tratamiento previo por parte de los estudiosos de los diferentes aspectos de esta historia, ya insinuado, constituye otro serio escollo para escribir una obra como la presente.

Otro mérito de esta obra es la amplitud de su enfoque. Sus autores no se han limitado a darnos una síntesis de los textos legales, sino que tratan en todo momento de insertarlos en las coordenadas espaciotemporales, ideológicas, políticas, eclesiales y de todo tipo que condicionaron la aparición de cada norma y su fortuna o fracaso al entrar en contacto con la vida real.

Pese a que el título de esta obra alude a sólo el derecho canónico de la Iglesia latina, se incluyen dos apartados para historiar las dos codificaciones del derecho canónico oriental de las iglesias unidas a Roma (codificación de 1927-1958 y codificación de 1972 y ss.), que muchos lectores agradecerán sin duda.

Cabe felicitar a los autores de la presente obra, por haber conseguido sustancialmente los fines o metas que se propusieron. Esta obra será muy útil, siempre que se considere como un punto de partida y no como la exposición de conjunto definitiva para unos cuantos decenios, ya que, como indicamos más arriba, no escasean las apreciaciones que son reformables desde ahora. Constituye un gran servicio tanto para los historiadores como para los canonistas, y quizás más para estos últimos que para los primeros, varios de los cuales sin duda se maravillarán de no ver reflejados en estas páginas los resultados de sus investigaciones de primera mano.

A lo largo de 200 años que cubre esta obra, con sus tres tomos, se suceden en la Iglesia cosas tan dispares como los estados pontificios y la Sacra Civitas Vaticana, el proceso centralizador del Vaticano I y del Código de 1917 por un lado y la colegialidad del Vaticano II por otra, y así sucesivamente. Tal vez hubiese sido más acertado, aunque resulte mucho más difícil, haber dividido el libro por períodos o subperíodos históricos que por instituciones. Tal como está, puede producir en más de un lector una cierta sensación de vértigo, como suele suceder a quien navega por un río lleno de cascadas, desniveles y otros accidentes orográficos. Quede bien claro, sin embargo, que esta obra, tal como está concebida y realizada, significa un gran esfuerzo por parte de sus autores, que conlleva un mérito relevante y una utilidad fuera de toda duda.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

FERREIRA, José de Azevedo: *Alfonso X. Foro Real*, Instituto Nacional de Investigação Científica (Linguística-11), Lisboa, 1987, 2 vols. (vol. I: *Edição e Estudo Linguístico*, XVII+650 págs.; vol. II: *Glosario*, 310 págs.).

Una parte del extenso trabajo de José de Azevedo Ferreira sobre la versión portuguesa del Fuero Real, precisamente la edición del texto, había ya salido a la luz hace unos años (José de Azevedo Ferreira, *Alfonso X. Fuero Real. Edição, Estudo, Glossário e Concordância da versão portuguesa*, vol I, Braga, Universidade do Minho, Centro de Estudos Portugueses, 1982, XXVII+209 págs.) Los dos volúmenes que ahora se presentan no alcanzan todavía para contener en su integridad la obra original del autor, faltando la *Concordância* «que não é publicada, neste momento, devido aos seus elevados custos» (nota 2 en p. XVI, vol. I), por lo cual debemos aún esperar una parte que se adivina, como se verá, utilísima.

De la obra que ahora nos ocupa examinaremos sobre todo el primer volumen, más sustancial, haciendo cuando convenga referencias al segundo. En este último caso se citará, además de las páginas, el volumen.

Se halla el volumen primero dividido en tres partes, siendo la inicial un *Estudo histórico-jurídico* no anunciado en el título y de concepción generosa, pues incluye la descripción del código y el estudio paleográfico (pp. 11-26), que ocupan las secciones 1 y 2 del capítulo II «O manuscrito português». De más enjundia ius-histórica son otras secciones del mismo capítulo, muy especialmente la dedicada a la traducción en la que Azevedo Ferreira se pregunta por sus motivaciones, autor, destinatarios y datación. Interesantes apreciaciones la jalonan, llegándose a la formulación de hipótesis sugerentes, dada la imposibilidad de lograr respuestas definitivas por la falta de fundamentales elementos de juicio. Así, ninguno de los 22 manuscritos castellanos que el autor ha consultado pudo servir de base a la traducción portuguesa (p. 31 y nota 45), y otro eslabón también falta: el manuscrito portugués parece ser una copia realizada en los años finales del siglo XIII a partir de un original perdido, que puede datarse poco después de 1267 (pp. 36 y ss.). Tras el capítulo III (pp. 45-53), que nos informa de la peripecia del acadé-

mico Joseph Cornide en Portugal, comisionado por la Real Academia de la Historia, y de su relación con el manuscrito del Fuero Real, el IV (pp 55-96) intenta un estudio comparativo de las versiones portuguesa y castellana, tomando como base de esta última la edición de 1836. Desde un punto de vista formal, el estudio comparativo se visualiza en un extenso cuadro que despliega, en columnas paralelas, la distribución en libros, títulos y leyes de la edición de 1836, la propia de Azevedo Ferreira, el manuscrito que le sirve de base (no necesariamente coincidente con la edición, en virtud sobre todo de añadidos tardíos), la edición portuguesa de A. Pimenta, la española de 1847, y las también españolas de 1781, 1865 y 1885, estas tres últimas, por su semejanza, en un solo grupo. Considerar como ediciones de contenido diferente la de 1847, por un lado, y las de 1781, 1865 y 1885, por otro, parece una opción aquí poco acertada, pues las divergencias entre ambos grupos son, más que «mínimas» (p. 59), inexistentes: ninguna en la distribución de títulos y leyes, según resulta de los mismos cuadros, sólo una en las rúbricas de los títulos. Fuero Real 1, 5, «de la guarda de las cosas de la Sancta Ecclesia» (1847) «de la guarda de las cosas de la Sancta Iglesia» (1781, 1865, 1885). Consúltese la página 351 de la edición de 1847 y desaparecerá también esa diferencia: allí aparece «iglesia», y no «eclesia». Quizá otras razones han llevado al autor a separar la edición de 1847 de las otras tres, pero no sabemos cuáles, aunque si es un error puede sospecharse su procedencia. Porque errores hay en la relación de ediciones que se ofrece en el capítulo I «Manuscritos e edições do Fuero Real». En nota 36 de la página 10 se afirma que la de 1847 (primera de *Los Códigos españoles*) reproduce la de los *Opúsculos legales* de 1836 (en p. 9, sin embargo, se señala la edición de 1543 como base de la de 1847). La nota 38 de la misma página informa de que la edición de 1885 (Martínez Alcubilla) reproduce a su vez la de *Los Códigos españoles*, por lo que también habría de ser coincidente con la de 1836. Y si la de 1885 puede considerarse idéntica a las de 1781 y 1865, como antes vimos, resulta que las ediciones de 1781, 1836, 1847, 1865 y 1885 podrían haberse incluido en un mismo grupo en el cuadro de comparaciones. El tropiezo de la citada nota 36 llevaría a estas incoherencias, pero algunas sí se salvan en el cuadro comparativo. La edición de 1836 aparece allí claramente diferenciada de las otras cuatro (véanse, sobre todo, los títulos 21 y siguientes del libro IV en pp. 80 y 81). La sensibilidad del autor para apreciar la importancia del estudio de las distintas ediciones queda, con todo, a salvo, no siendo este ciertamente el objeto primario de su obra.

Tampoco lo es determinar el peso del Fuero Real en la historia jurídica portuguesa, y de ahí la escasez de aportaciones novedosas (reconocida en nota 1 de p. 97) del capítulo V, dedicado a este particular. Se limita a ofrecer el autor un estado de la cuestión, que también se extiende al Fuero Real «em Espanha», no exento aquí de lastres simplificadoros. «Ao contrario das *Partidas*, que reflectem o direito romano e canónico, o *Fuero Real* recolhe o direito tradicional e costumeiro, cuja base é constituída pelos foros locais castelhanos» (p. 99). Esta afirmación es además contradictoria con la más ajustada interpretación de Antonio García y García sobre las razones de la traducción al portugués, que se cita en nota 34 de p. 27: precisamente el contenido de derecho común de las obras de Alfonso X sería lo que motivase sus versiones portuguesas, el derecho «tradicional e costumeiro» castellano interesaría seguramente menos en Portugal, por causas no sólo

jurídicas, sino también políticas. Bien es verdad que la tesis de García y García tampoco puede defenderse de una manera demasiado tajante: el caso de los fueros de la Extremadura leonesa demuestra que las fronteras políticas no lo eran jurídicas tampoco para un derecho en principio menos «común».

La segunda parte (pp. 107-309) se centra en la edición del texto, que Azevedo Ferreira ha decidido con buen criterio incluir de nuevo para preservar la unidad de la obra, precedida de sendos epígrafes ya también publicados sobre «A edição portuguesa de Alfredo Pimenta» y «Normas de transcrição», ahora con algunas pequeñas alteraciones.

La tercera, *Estudo linguístico*, es, a nuestro juicio, la más interesante. En ella demuestra el autor su buen hacer y el ordenador sus posibilidades. En las líneas que siguen habrá de tener el lector en cuenta siempre que es un historiador del derecho el que habla, valorando el trabajo de un filólogo. Que ambos campos de estudio tienen en este caso que encontrarse resulta evidente por ser un texto jurídico el protagonista. Y por ser el encuentro necesario parece también conveniente que los trabajos de unos y otros especialistas sean susceptibles de utilización —ya que no su realización, pues estamos ante un esfuerzo obligadamente individual por su origen académico (nota I en p. XVI)— interdisciplinar. Riqueza de datos y de sugerencias ofrece Azevedo Ferreira a la historia del derecho, pero también dificultades a sus cultivadores. Ahora lo veremos.

El estudio linguístico aporta, tras su conclusión, unos completos índices de todas las formas que aparecen en el Fuero Real (definición de forma en nota 4 de p. 437. «toda unidade gráfica separada das unidades vizinhas por um branco») uno las agrupa por orden alfabético (pp. 495-551) y otro por orden de frecuencias (pp. 553-609). El interés del uso de tales índices, combinado con el del *Glossário* (vol. II), para el historiador del derecho, así como las dificultades de su utilización desde nuestro campo de estudio, resultarán claras tras algunas apreciaciones. Vayamos primero al índice de formas por orden de frecuencias. Ya resulta significativo que en un ordenamiento del derecho regio, que pretende la implantación con pretensiones de exclusividad de la jurisdicción del rey estableciendo normas de derecho sustantivo que habrán de ser, según su lógica jurídica interna, actuadas a través de un proceso dirigido por oficiales también regios, aparezcan estos objetivos tan claramente marcados en una relación de frecuencias en la que los tres primeros lugares de entre los sustantivos están ocupados por (aparte del indeterminado «cousa») «rey», «preyto» y «alcayde». Resulta claro que pueden obtenerse conclusiones interesantes desde el punto de vista de la historia jurídica recorriendo estos índices para buscar constataciones de este tipo. Pero para ello debe hacerse un uso alternativo de los mismos. Al historiador del derecho le resultará, frente al lingüista, indiferente la forma y sustancial el contenido, primando la semántica sobre la morfología. Así, junto a las 214 ocurrencias de «alcayde», tendrá que computar las 54 de «alcaydes», las 5 de «alcaldes», las 3 de «alcalde» y la única de «alcaide», resultando un total de 277, que será el número de ocurrencias a utilizar a nuestros efectos. Desde luego estas operaciones pueden sin dificultad realizarse usando conjuntamente ambos índices de formas (alfabético y de frecuencias) y además el glosario. Podrá saber así el historiador que el número total de ocurrencias de «preyto» es, a lo que le interesa, 243 (215 de «preyto» más 28 de «preytos», excluyéndose, si alguna duda cupiese y acudiendo

al glosario, la única ocurrencia de «peyto»). Pero también sabe —y si no, en el glosario queda cumplidamente explicado— que «pleito» tiene en el Fuero Real dos acepciones, pacto o contrato, por un lado, y juicio o proceso, por otro. Sin embargo, no puede conocer qué porcentaje de esas 243 ocurrencias se refieren a uno u otro significado. Al parecer, problemas de esta índole habían sido previstos por Azevedo Ferreira. Cuando explica la elaboración de los índices de formas nos indica que el peligro de que las homógrafas sean fuente de confusión desaparece al discriminarlas por su categoría gramatical (ejemplo. «auer» verbo y «auer» sustantivo). Excepcionalmente —se nos avisa en nota 22 de la misma página 446— hay dos pares de homógrafas que tienen la misma clasificación morfológica. El primero de estos dos casos es el de «messes» (=meses), con una ocurrencia, y «meses» (=colheitas), con tres ocurrencias. En los índices de formas aparece luego «messes» con un total de cuatro ocurrencias, que se discriminan donde es más pertinente hacerlo, esto es, en el glosario (II, pp. 184 y 185), con entradas diferentes *mes* y [*messe*], respectivamente. El segundo caso es similar al anterior. Es fácil darse cuenta de cuál es la diferencia de estos supuestos con «preyto», pues aquéllos resultan homógrafos en una forma concreta, el plural, y «preyto» representa un caso de polisemia como hay otros en el Fuero Real. El profano en los dominios de la lingüística no podrá dejar de preguntarse por qué no podría haberseles dado a éstos un tratamiento similar, sobre todo considerando que el uso del glosario podría beneficiarse de ello. Tanta precisión quizá no pueda esperarse de un glosario, ni siquiera tal vez de una concordancia (véase Gero Dolezalek, «Nuove tecniche per far luce sulle fonti dal secolo VIII al secolo XV», en *I Seminario de historia del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, 1985, pp. 37-60, esp. p. 41) con la que todavía no contamos, pero desde luego haría más útiles estos instrumentos de trabajo.

Lo que se está aquí echando de menos, lógicamente, es un índice que agrupe en cada entrada las formas diferentes de una misma palabra, atendiendo a su paradigma y no sólo a las formas. Tal índice, podrá objetarse, ya lo ofrece el autor en el glosario: éste tiene una ordenación alfabética por lemas, constituyendo éstos en realidad los paradigmas que buscamos. A cada uno de ellos acompaña su número de ocurrencias (y así directamente encontramos el número 243 en el lema *preyto*), su significado o significados y la variedad de formas bajo las que se presenta, además de algunos ejemplos de contextos o frases en las que tales formas aparecen. Pero no sólo no existe una ordenación de lemas por frecuencias, sino que la elección de los mismos también aporta sus dificultades. Existe un lema *alcayde* al que sólo corresponden 269 ocurrencias, frente a las 877 que habíamos computado antes. Ese lema engloba las formas «alcaide» (1 ocurrencia), «alcayde» (214), y «alcaydes» (54), excluyendo «alcalde» (3) y «alcaldes» (5), que aparecen bajo el lema *alcalde*. Aquí, al menos en principio, parece el autor haber optado por una diferenciación de tipo semántico, pues mientras que *alcalde* se define como «juiz», *alcayde* viene a significar «oficial de justiça, juiz». Sin embargo, de los propios ejemplos agrupados bajo uno y otro lema puede deducirse sin dificultad que esa diferencia de matiz en el significado es en realidad inexistente; véase, en concreto, el último ejemplo de contexto en el que *alcalde* aparece: «os alcaldes e as otras iustças» (II, pp. 23 y 24). El autor resalta en página 314 la inestabilidad gráfica que recorre todo el texto. Pero en el estudio subsiguiente a tal afir-

mación nunca se hace referencia a una posible oscilación en la utilización de los grafemas |y| o |i| («alcayde», «alcaide») y || («alcalde»). Debe ser el único caso, provocado tal vez por el mismo hecho de la traducción, y que encorseta así la opción que ha de tomarse en el glosario, aunque el autor sea consciente de la identidad de *alcalde* y *alcayde*: ambas se señalan como traducción del castellano «alcalde» (nota 55 en p. 35).

Después de todo ello resultará clara la utilidad de un inexistente índice de lemas ordenado por frecuencias en el que, por seguir con nuestros ejemplos, *alcayde* agrupara también a *alcalde* y en el que *preyto* apareciera con dos entradas discriminando sus dos distintos significados. Recordemos que según el concepto de lema que el autor acepta (cita de R. Busa en nota 2 de p. 7, II. «Le lemme est le titre qu'on donne au paradigme d'un mot, dont la flexion présente plusieurs formes, c'est-à-dire, le titre d'un mot pris comme unité à la fois graphique et sémantique») la propuesta no es impertinente. Se ha optado aquí por primar la unidad gráfica sobre la semántica.

Pero estamos hablando sólo de sustantivos. ¿Qué ocurre con los verbos, adjetivos o adverbios? Si ya aparecía evidente el interés que tenía el control de frecuencias de sustantivos a efectos de documentar el carácter y finalidad del Fuero Real, no lo resultará menos el de las conclusiones que puedan inducirse del examen de frecuencias de, especialmente, los verbos, exponentes de las acciones que se pueden señalar como preponderantes en el lenguaje de nuestro Fuero (véase, al respecto de esto, y en general de muchas de nuestras apreciaciones, las más que interesantes páginas de Elisabeth Carpentier, «Histoire et informatique. Recherches sur le vocabulaire des biographies royales françaises», en *Cahiers de Civilisation Médiévale*, 25, Université de Poitiers, 1982, pp. 3-30). Es claro que ahora no pueden utilizarse los índices de formas, y el uso del glosario a efectos de ordenar frecuencias sería una labor enormemente enojosa. No obstante, la riqueza de la obra que reseñamos permite acudir a otros lugares de la misma en busca de datos de interés. Los cuadros de páginas 456 y siguientes son un buen ejemplo. En el cuadro VI (p. 469) pueden encontrarse «as 50 palavras plenas mais frequentes», considerándose palabras plenas los sustantivos, los verbos, los adjetivos calificativos y los adverbios en *-mente* (cfr. nota 48 en p. 473; consúltese la distinción entre palabras significativas o plenas y gramaticales en p. 438, nota 5, la expresión «palavras plenas» corresponde a la de «mots significatifs» de E. Carpentier, siendo las únicas relevantes para la posible aplicación del estudio de los vocabularios a la historia social, política o jurídica). Un inciso todavía sobre sustantivos ordenados ahora por frecuencias absolutas, *cousa* y *ome* son los de mayor número de ocurrencias, seguidos de nuestro ya conocido trío de *alcayde* (aún 269 ocurrencias), *rey* y *preyto* (cfr. también cuadro VIII en p. 471, que presenta los 50 sustantivos más frecuentes). El citado cuadro VI incluye también verbos, teniendo éstos asimismo uno propio que contiene los 50 más frecuentes (cuadro VII en p. 470). Vayamos a ellos. En los primeros lugares se sitúan verbos tan expresivos como *dar*, *poder*, *mandar* y *querer*, que ocupan por este orden sus posiciones tras *seer*, *fazer* y *auer*, lógicamente más susceptibles de utilización masiva por el carácter auxiliar del primero y tercero y las posibilidades de uso menos específico del segundo. El cuadro V, «distribuição das formas verbais» (p. 468) nos infor-

ma además de los tiempos y modos en que se manifiestan los verbos. Sabemos así que el «futuro conjuntivo» es la categoría hegemónica (también pp 421 y 422), con una apreciable diferencia sobre la siguiente, el imperativo, el cual, pese a lo que pudiera pensarse sin estas clarísimas constataciones, no se halla muy alejado de otras categorías con una menos inmediata virtualidad de imposición de conductas, como el infinitivo o el presente de indicativo. Mas aquí ya son más difíciles las conclusiones. Interesaría relacionar, por ejemplo, sustantivos con verbos, al efecto de discriminar entre aquéllos cuáles actúan como sujetos y cuáles como objetos directos, esto es, cuáles son dueños de la acción y en cuáles ésta recae (E. Carpentier puede hacerlo por la facilidades que el latín ofrece, pues basta en este caso prestar atención diferenciada a nominativos y acusativos, en portugués —o en castellano— esto supondría dar entrada a la complejidad añadida de las preposiciones) Sería también necesario en todos los casos controlar los contextos. Con todo, algunas conclusiones, y de lo más sugerentes, aventura el autor. Por el examen del ya citado cuadro VI, sabemos que los verbos predominan entre las palabras plenas. En la página 378 nos enteramos de que un tal predominio es excepcional, y se explica por el carácter jurídico (responsable por lo demás de la escasa aparición de adjetivos —nota 60 de pp 481, 484— y de la abundancia de ocurrencias de la tercera persona en pronombres personales y posesivos —p 390—) o «pragmático» (nota 59 en p 481) del texto (también así en p 433). La posible perplejidad del lector ante esta interpretación desaparece en página 417 —«o discurso jurídico é constituído essencialmente por uma linguagem que revela um processo dinâmico e onde domina uma vontade activa de intervenção da parte do legislador. Ora, é o verbo que melhor traduz esta dinâmica» (ver también p 488)—, pero aflora de nuevo en la nota 1 de la misma página 417, cuando se enteramos de que en el Fuero de Cuenca no sucede lo mismo. No es desacertada, sin embargo, la interpretación de Azevedo Ferreira, pero sí susceptible de matizaciones que ahora podemos hacer gracias a la honestidad investigadora que demuestra la inclusión de esa nota. Pues «uma vontade activa de intervenção da parte do legislador», acreditada por el predominio claro de los verbos en su discurso, sólo sería característica de *determinados* textos jurídicos medievales, no de todos.

Las apreciaciones del autor sobre la distribución de modos y tiempos verbales son también aprovechables. El predominio entre éstos del presente tiene para él su explicación jurídica. «E mais un elemento característico do discurso jurídico, pois se legisla fundamentalmente para o presente e, em menor escala, para o futuro, mais como desejo de ver aplicadas as normas» (p 419, nota 5). Más bien, sin embargo, para el futuro en mayor escala, como expresamente prevé el propio prólogo del Fuero Real en una suerte de prevista vigencia continuada del derecho establecido («per todo sempre» en la versión portuguesa, p 126) —¿quizá el uso del presente responda más bien a esta concepción?— cuya idea no era ajena tampoco a la jurisprudencia bajomedieval. Bartolo no consideraba innecesario o redundante insistir en que *natura enim legis est ad futura trahi, non ad praeterita* (ad l illicitas, ff de officio praesidis). En cuanto a los modos, «o grande papel desempenhando pelo conjuntivo corresponde, sem dúvida, as intenções do legislador. expressar a vontade, o desejo de ver aplicadas as suas normas» (p 420). También Bartolo extraía sus consecuencias *verbum statuerit est futurum subiunctivi, quod for-*

matur a praeterito perfecto indicativi, et sic rem cum effectum perfectam significat (ad l haec autem, ff quod quisque iuris) Y valoración de contextos. el subjuntivo se utiliza sobre todo en «proposições completivas introduzidas pela conjunção *que* e dependentes dos verbos que exprimem sobretudo a vontade (*querer*), a ordem (*mandar*), e a proibição (*defender*)» (p. 420), cita ésta de Ferreira a la que no es imposible que Bartolo haya acudido con la misma puntualidad, al menos en parte lo hizo, *nam verbum volo inducit dispositionem* (ad l cunctos populos, C de summa trinitate), y tal vez complete el encuentro en otros lugares de su obra.

Retomamos así la cuestión de los contextos. Un seguimiento de los mismos no puede hacerse completamente a partir de los datos que ofrece el autor, al menos en la parte publicada de su obra. En el *Glossário* se indica la ubicación en el Fuero Real de cada una de las formas que se engloban en cada lema. Pero cuando las ocurrencias exceden de 80 (es decir, en los casos que por ser más frecuentes más nos interesan), unos puntos suspensivos interrumpen la relación. Al parecer, la publicación del volumen de *Concordância* evitará este problema (II, nota 1 en pp 7 y 10). Las relaciones que ahora figuran en el glosario podrán dar juego por el momento sólo para la búsqueda de localizaciones interesantes a cuestiones que pueden centrarse con palabras de menor frecuencia de aparición (véase, para un ejemplo de utilización de este tipo de instrumentos, Carlos Petit, «*Consuetudo y Mos en la Lex Visigothorum*», en AHDE 54, 1984, pp 209-252, esp pp 212-213 y nota 6, aprovechando los índices de Gerhard Kobler). El plan de la *Concordância* es ambicioso. No sólo se dispondrán en ella las localizaciones, sino también los contextos transcritos hasta un límite de 300 ocurrencias. Las entradas de la concordancia serían formas, no lemas, por lo que ninguna palabra plena (excepto la forma verbal «for») escaparía de la completa transcripción de sus contextos (pp 367 y nota 9, 394 y nota 22, 448-449, estas últimas parecen estar escritas como si la concordancia se hubiese publicado). Se adivina así la parte aún no impresa de la obra que reseñamos como la más útil al historiador, por lo que esperamos se resuelvan pronto los problemas de edición.

La obra de Azevedo Ferreira ofrece, por supuesto, mucho más de lo que aquí ha podido exponerse. Por poner un solo ejemplo, el estudio sobre la puntuación (pp 339-360), interesante sobre todo para aquel que trabaje con manuscritos medievales o con ediciones que la respeten, no tan escasas si contamos las que corresponden a los primeros tiempos de la imprenta.

Relación bibliográfica e índices cierran la obra. El juicio sobre ella ha de emitirlo el lector, no el de la recensión, sino el de Ferreira. Aquí sólo se expresa uno más entre los posibles, y lejano no sólo por la distancia, sino por especialidad y por medios, pues con la sola ayuda de primitivas fichas se han escrito estas líneas. Quizá todo ello se resienta, únicamente han querido dejar constancia del valor sobresaliente de todo lo que el autor ha tenido a bien enseñarnos.

JESUS VALLEJO
Universidad de Sevilla

GARCÍA-GALLO, Alfonso: *Los orígenes de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid 1987. XXII+1102 págs.

El contenido del extenso libro del profesor García-Gallo de Diego, publicado bajo el patrocinio de don Angel Losada Gómez por la Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, es un conjunto de 29 trabajos realizados durante 15 años que, en su mayoría, se editan por segunda vez, tras su primera aparición en distintos lugares de Iberoamérica, Europa y España. Se trata del volumen II de la larga serie de Estudios de Historia del Derecho Indiano, del prestigioso catedrático jubilado después de 40 años de enseñanza e investigación en la Universidad de Madrid, cuya primera compilación de artículos vio la luz el año 1972 con la iniciativa del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, disponible aún en la sede madrileña del Instituto de Ciencias Jurídicas (Duque de Medinaceli, 6). La lista de los trabajos del autor publicados en dichos volúmenes es la siguiente (señalados con asterisco los que se incluyen en el libro que reseño):

I. Cuestiones de orientación y método

- 1 El desarrollo de la historiografía jurídica indiana.
- 2 Panorama actual de los estudios de Historia del Derecho indiano
- 3 Problemas metodológicos de la Historia del Derecho indiano
- 4 Metodología de la Historia del Derecho indiano (Santiago de Chile, 1970).
- 5 Bases para una programación de la enseñanza de la Historia del Derecho y en especial de la del Derecho indiano*
- 6 Programa de un curso universitario de Historia del Derecho indiano*
- 7 José María Ots y Capdequí*
- 8 Antonio Muro, historiador del Derecho indiano*

II. La evolución general del Derecho indiano

9. Génesis y desarrollo del Derecho indiano
- 10 El Derecho común ante el Nuevo Mundo
- 11 Las etapas del desarrollo del Derecho indiano*
- 12 Los sistemas de colonización de Canarias y América en los siglos xv y xvi*
- 13 Hernán Cortés, ordenador de la Nueva España*.
- 14 La Universidad de Salamanca en la formación del Derecho indiano*.
- 15 Las Casas, jurista*
- 16 Sobre Bartolome de Las Casas*.
- 17 Las Casas, jurista y representante de la oposición oficial*
- 18 El pluralismo jurídico en la América española.

III. Fuentes del Derecho indiano

19. La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI.
20. La recopilación de leyes de las Indias de Alonso de Zorita*
21. El Cedulaario de Diego de Encinas*
22. Memorial de Diego de Zorilla relacionado con la recopilación de las leyes de Indias
23. La «Nueva Recopilación de las leyes de Indias», de Solórzano Pereira
24. La ciencia jurídica en la formación del Derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII*
25. El proyecto de «Código peruano», de Gaspar de Escalona y Agüero

IV El estado de las Indias

26. Las Bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias*
27. Las Bulas Alejandrinas*
28. La unión política de los Reyes Católicos y la incorporación de las Indias
29. El título jurídico de los reyes de España sobre las Indias en los pleitos colombinos*
30. La posición de Francisco de Vitoria ante el problema indiano. Una nueva interpretación.
31. Las Indias en el reinado de Felipe II La solución del problema de los justos títulos.
32. Los títulos jurídicos de la integración de los territorios africanos en la Monarquía española*.
33. La constitución política de las Indias españolas
34. El pacticismo en el reino de Castilla y su proyección en América*
35. La condición jurídica del indio*.
36. El encomendero indiano
37. El Derecho indiano y la Independencia de América

V El Gobierno de las Indias

38. La división de la materia administrativa en España e Indias en la Edad Moderna*.
39. El Consejo y los Secretarios en el gobierno de las Indias en los siglos XVI y XVII*
40. Los orígenes de la administración territorial de las Indias. El gobierno de Colón.
41. Los virreynatos americanos bajo los Reyes Católicos Planteamiento para su estudio
42. Los principios rectores de la organización territorial de las Indias en el siglo XVI.

43. La evolución de la organización territorial de las Indias desde 1492 a 1824*.
44. Las Audiencias de Indias: su origen y caracteres*.
45. La Capitanía general como Institución de gobierno político en España e Indias en el siglo XIII*. Indias en el siglo XVIII*.
46. Sobre las Intendencias de Indias*.
47. De la ciudad castellana a la indiana*.
48. «Territorio» y «término» en el ámbito local castellano e indiano*.
49. Alcaldes mayores y Corregidores en Indias
50. El servicio militar en Indias.

Ante la imposibilidad de analizar todos los estudios, consideradas la variedad temática y los límites del presente comentario, sí cabe resaltar algunos puntos básicos comunes a los trabajos sobre Derecho indiano realizados por el autor

Destaca, en primer término, que se acerca al estudio institucional de la colonización española en América como profundo conocedor de la historia jurídica europea e ibérica medieval y moderna, lo que le permite comprender en su esencia la imposición en Indias del derecho castellano, desde una perspectiva fundamentalmente hispánica, siendo consciente, como insiste singularmente en uno de sus artículos, del pluralismo jurídico hispanoamericano

En segundo lugar, dada la constante dedicación de García-Gallo a su labor de historiador del derecho en las distintas épocas de la Historia de España, enfoca sus estudios del Derecho indiano con un tratamiento general o global de los temas que aborda, basado en la consideración de documentos impresos, más que en la valoración de fuentes inéditas. Esto no le impide realizar planteamientos novedosos para la historia colonial —véanse, como muestra, entre los trabajos aquí publicados, los que abordan el conocimiento de la ciencia jurídica, la consideración de las bulas alejandrinas para la expansión por África e Indias o la comprensión del carácter de la capitanía general como institución política—, dado el riguroso conocimiento del autor de los conceptos y las fuentes del derecho histórico.

En último término, sus trabajos son reflejo de la actitud metodológica preferida por García-Gallo tras meditadas elaboraciones en torno a cuestión tan esencial la historia jurídico-institucional. La evolución de las instituciones indianas, desde la perspectiva del estudioso del derecho que, sin desdeñar las restantes facetas de la convivencia humana, se centra básicamente en lo jurídico, es el hilo conductor de estos artículos. Aquí es posible resulte supervalorado el papel de la legislación de la monarquía española y sus autoridades en la evolución institucional de la colonización española y sus autoridades en la evolución institucional de la colonización americana, dado que en esta época su fuerza para caracterizar e historiar el sistema jurídico no es tan poderosa. En cualquier caso, su alineamiento lejos de las leyendas dorada y negra, como corresponde a un profundo conocedor de la historia de las instituciones, hace que individualmente sus estudios los presida sobre todo el rigor técnico en el tratamiento de los temas abordados.

Sirve este libro, en conjunto, para realzar como corresponde la figura intelectual del profesor García-Gallo. Cuando su vida transcurre por una etapa en la que,

de momento, la vida académica oficial le da la espalda por motivos de ineficacia burocrática, permanecen juveniles sus esfuerzos en pro de la investigación histórico-jurídica. Una larga y provechosa vejez, que se merece y le deseo, continuará desgranando los frutos maduros de una labor incansable y estimulante en el estudio del Derecho indiano, que es reconocida hoy por las más prestigiosas personalidades que se afanan por conocer el pasado de la América hispánica (veáanse, por ejemplo, los prólogos de Horst Pietschmann: «Lateinamerika. Die staatliche organisation des Kolonialen Iberoamerika» Klett-Cotta, Stuttgart, 1980, y Guillermo Céspedes del Castillo: «Textos y documentos de la América Hispánica (1492-1889)». Labor, Barcelona, 1986).

FERNANDO MURO ROMERO

GROSSI, Pablo: *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana, 1859-1950*, Milano, Giuffrè Editore (Biblioteca per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, vol. 23), 1986, XV+230 págs.

De un encargo oficial de la propia Universidad de Florencia que ha desbordado sus límites, resulta esta historia de la Facultad de Derecho que trasciende a su vez limitaciones locales. Ha sido un desbordamiento de la inteligencia y también del corazón. La primera ya debe esforzarse por prevalecer.

La misma devoción es aquí vehículo del entendimiento, no cegando en absoluto. Véase un capítulo tan querido para el autor como precisamente el último, sobre el derecho agrario: debe de partida situarse, por la obra de Giangastone Bolla, extramuros de la propia Facultad. Y es lección de humildad que se aplica; no se nos dice que entre las iniciativas del mismo Bolla se encuentra por ejemplo la de una *Bibliografía del diritto agrario* en cuyo período *intermedio* trabajara el propio Grossi; arrancó en 1950, la fecha de conclusión del libro. El autor ha cerrado su estudio cuando entraba su tiempo en escena, temería no poder sostener el dominio de la inteligencia.

Pero están sus querencias, dominadas. Si nos remontamos, ya que hemos comenzado por el último capítulo, sucesivamente encontraremos el de la historia del derecho, destacando Francesco Calasso y su criatura del *Diritto Comune*, el del derecho canónico, resaltando Pietro Agostino D'Avack, el del derecho romano, figurando Giorgio La Pira. Son capítulos de su preferencia, pero que no por ello privilegiadamente se tratan, sino por su misma significación objetiva para nuestra cultura jurídica en la parte que emana de la Universidad florentina.

Volverán luego (o han salido antes) todos ellos, los individuos. La Pira por su compromiso civil y por su experiencia y reflexión docentes, para lo que también comparecerán (o ya lo han hecho) Calasso y D'Avack. No sólo es la historia de su labor más especializada. Las restantes materias, privatistas y publicistas, tienen asimismo reservado su lugar y reciben su consideración, con su misma apertura.

de perspectivas hacia problemas no sólo de especialidad, o con la justa relación de sus cuestiones más específicas a implicaciones no siempre exteriores. Es una historia interna de fatigas y responsabilidades de profesorado, pero nada ensimismada ni complaciente.

Interesa su acción, primariamente desde luego hacia el alumnado, con la referida problemática docente, pero también, y nada secundariamente, hacia el conjunto más amplio de la sociedad, con la vertiente política también aludida. Hay aquí capítulos extremadamente delicados que precisamente con extrema delicadeza se tratan. La contemplación de la obra de los procesalistas entre liberalismo y fascismo, y en particular de la de Piero Calamandrei, nada rehuye, sabiendo no sólo comprender sino además explicar. Hay aquí también sus lecciones de humildad, y alguna de orgullo, para el derecho.

Siguiendo nuestro curso inverso, si más nos elevamos hacia los capítulos iniciales, entraríamos ya en un mundo menos reconocible. Familiar desde luego hasta ahora lo ha sido, y no sólo por relaciones directas. No podrá negarse que el universo que se anuncia entre los nombres mencionados es también el nuestro. El *stile fiorentino* en el campo del derecho desde los años veinte, que constituye la parte sustancial del libro, realmente resulta un espejo para nosotros. Ha sido en casos incluso un modelo.

Más lo sería, y para la historia del derecho, de avanzarse ahora hacia nosotros, rompiendo la misma frontera del libro. Ya advertíamos la discreción del autor, silenciando su obra, respetando su tiempo, se empaña el espejo y recata el modelo. Se comete así también una injusticia consigo y con otros. Suya es la animación del *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* que produce, junto a los periódicos *Quaderni*, esta *Biblioteca del Stile fiorentino*, pero de más personas son los frutos, ya también por la verdadera pléyade de sus discípulos.

Comenzándose por la misma *Biblioteca*, o limitándonos a ella: ahí están Mario Sbriccoli con su *Crimen Laesae Maiestatis* y su *Bibliografía del socialismo giuridico*, Pietro Costa con su *Progetto Giuridico (da Hobbes a Bentham)* y su *Stato Immaginario (fra ottocento e novecento)*, Maurizio Fioravanti con sus *Giuristi e Costituzione nell'Ottocento tedesco*, Paolo Cappellini con su *Systema Iuris («scienza» delle Pandette)*, Luca Mannori con su *Stato per Romagnosi (progetto costituzionale e scoperta del diritto amministrativo)*, Bernardo Sordi con su *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, esperándose continuación para la Alemania de entreguerras. ¿No sigue así, solo con esto, una historia que trasciende?

Algún día habrá de repararse la injusticia, completándose esta historia. Paolo Grossi, desde el libro y desde el Centro, en su doble sentido la hace, poniendo inteligencia y corazón en ambas. Es su *stile fiorentino*.

B. CLAVERO

IGLESIA CATÓLICA Y REGÍMENES AUTORITARIOS Y DEMOCRÁTICOS. (EXPERIENCIA ESPAÑOLA E ITALIANA). Iván C. Ibán (Coordinador), A. de la Hera, S. Lariccia, P. Lombardía, D. Llamazares, C. Mirabelli, J. R. Montero, V. Reina y M. Tedeschi. Editoriales de derecho reunidas. Madrid, 1987.

La problemática analizada en esta obra, que recoge las ponencias presentadas al I Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico Español, celebrado en Jerez en octubre de 1985, resulta de indudable interés. Su naturaleza de aglutinadora de distintos autores evidencia las lógicas desigualdades de enfoque y planteamiento, que si bien condicionan la fluidez del discurso, resultan sin embargo enriquecedoras.

Se recogen en primer lugar unas breves palabras de apertura, a cargo del Rector de la Universidad de Cádiz, y la intervención inicial del profesor Ibán, coordinador del congreso y del volumen, dedicadas a la justificación del tema elegido, su concreción a España e Italia y la atribución a los ponentes. La justificación parte de definiciones tradicionales en una disciplina que considera ambas entidades, Iglesia y Estado, como las únicas sociedades necesarias de las que los individuos forman parte al margen de su voluntad, puesto que se otorga al bautismo una facultad irrenunciable de adscripción.

El punto en común entre las situaciones italiana y española parece claro: en ambas naciones se pasa de regímenes autoritarios a democráticos, aunque en momentos muy diferentes, y en ambos también la Iglesia tiene un elevado ámbito de influencia en estrecha relación con sus trayectorias históricas.

No compartimos sin embargo su valoración del período histórico elegido y la adscripción jurídica de los ponentes. En cuanto a la primera cuestión opinamos que aunque la Constitución española de 1978 sea como el autor afirma «una de entre las varias», esto puede conducir a relativizar su vigencia en este momento concreto. Creemos que el interés del período histórico elegido, que llega hasta nuestro presente, está precisamente en que permite a los investigadores realizar un análisis de los instrumentos jurídicos vigentes y definir los desajustes que puedan producirse, colaborando a su eficacia.

Y en cuanto a la segunda cuestión se afirma que «el tema objeto de nuestras Jornadas obliga, en ocasiones a mirar desde la Iglesia, y en otras desde el Estado, pues bien esa capacidad de situarse en uno y otro lugar según resulte más conveniente, es facultad que sólo han desarrollado por obligación los canonistas-ecclesiasticistas». Y el peligro está en la propia afirmación, seguir considerando que existen en los tiempos presentes dos entidades equivalentes, postura sólo defendible en períodos históricos más remotos, o defendible ya únicamente desde la óptica de la Iglesia. De este concepto partirán ponencias que por su temática deberían partir de una óptica estatal, desde la que sólo resulta posible el reivindicar el traspaso a manos ciudadanas de determinadas cuestiones, traspaso que no se ha realizado todavía en la medida requerida por una constitución democrática. Creemos que esa tendencia a equilibrar el binomio Iglesia-Estado debería ser puesta en cuestión con la participación de otras ciencias.

La justificación de los ponentes es a nuestro juicio sencilla e igualmente legi-

tima: el interés de toda disciplina por reunir a sus practicantes e intercambiar, a través de reuniones periódicas, y desde ese punto de partida común, una serie de experiencias y opiniones, útiles además para potenciar las investigaciones sobre una determinada temática. Ahora bien, con el peligro en materias como la presente, que pueden ser analizadas desde muy diversas perspectivas, de que sus conclusiones sean después matizadas desde otras ópticas, confrontación que puede plantearse sin embargo en otros terrenos más neutrales.

En un breve repaso al contenido de las ponencias respetaremos el orden establecido, que alterna, emparejadas cronológicamente, ponencias italianas y españolas. Comenzaremos por aquellas que analizan desde ambas situaciones nacionales las relaciones Iglesia-fascismo-franquismo, y viceversa.

En primer lugar el profesor Tedeschi, en una documentada exposición, puesto que la cuestión cuenta ya con una extensa bibliografía, analiza «La posizione del fascismo nei confronti della chiesa», optando por la óptica del Estado, aunque señalando que la mayoría de los análisis existentes parten de la eclesiástica. En su opinión fascismo e Iglesia católica tienen significativos puntos de contacto puesto que ambos parten de un modelo autocrático, sin posible pluralismo de opinión, y de la idea de que el hombre debe ser guiado.

Ahora bien, la concepción fascista del Estado no admitía en principio ningún otro poder en su ámbito. Mussolini en un principio siguió las propuestas del estado liberal, que pretendía la reducción de la Iglesia a una asociación privada, subordinada al derecho común, pasando después a actuar con un criterio opuesto y utilitarista, en un empeño de instrumentalizarla con fines nacionales.

Y si el fascismo buscó la colaboración de la Iglesia, con la oposición de los partidarios de una mayor soberanía del estado, también aquella acabó prefiriendo a Mussolini y retirando su apoyo al partido popular, siendo este hecho a juicio del autor la ayuda más relevante que el Vaticano dio al fascismo. La conciencia de necesitarse mutuamente abrirá un período de cortesías mutuas, aunque el Estado realizó mayores cesiones, vinculando su política eclesiástica a un sistema de pacto que favorecía claramente a la Iglesia, además de cederle parte de su territorio y otorgarle privilegios que formaban parte de la soberanía del Estado, como la jurisdicción matrimonial. A cambio la Iglesia asumió su papel de sustentadora del fascismo e invitó a los católicos a votarlos en las elecciones de 1929.

Sólo la crisis de la Acción católica de 1931 alteró las buenas relaciones, pronto recuperadas tras la remodelación de sus funciones, con exclusión de las sindicales, para evitar que los trabajadores católicos se organizaran en oposición a los sindicatos fascistas.

Sus conclusiones resultan claras: fascismo e Iglesia católica encontraron un terreno común de entendimiento, en una conciliación útil a ambos, que resulta evidente del examen de los pactos suscritos. Un análisis tan drástico, y al mismo tiempo tan real, encuentra todavía en España dificultades para llevarse a cabo, en parte porque la cercanía de los hechos obliga a que el análisis se realice por personas coincidentes cronológicamente con el franquismo.

En nuestro caso el profesor de la Hera aborda «La actitud del franquismo ante la Iglesia», y su análisis se orienta a demostrar la subordinación del Estado ante la Iglesia, en una relación que aparece sin contraprestaciones. Si en el caso ita-

liano la Iglesia se adhería a un Estado, aquí se parte de un planteamiento contrario el Estado se adhiere a una religión, lo que parece estar desligado de implicaciones materiales.

La razón última de Franco parece ser «porque la verdadera España ha sido, es y será católica», configurando además la confesionalidad como una herencia del constitucionalismo español, afirmación que a nuestro juicio necesitaría de múltiples precisiones. Y en cuanto a la vigencia del Concordato de 1851 opina que la misma supone que « .el Estado español acepta como propia, asume, la doctrina de la Iglesia católica, limita su propia capacidad normativa ante el derecho divino . », lo que indica que frente a la ilimitada competencia de los Estados democráticos para regular cualquier materia jurídica, el régimen franquista reconoció que no poseía algunas de esas competencias y las atribuyó a su detentador la Iglesia católica. Este planteamiento parece remitirnos a etapas históricas muy anteriores, la relación Papado-Imperio de siglos bajomedievales, estado de cosas al que posteriormente se opuso la política regalista, en momentos poco sospechosos de democracia.

Tras los acuerdos iniciales, el Concordato de 1953 insiste igualmente en establecer el deber del régimen de gobernar de acuerdo con la religión católica, negando toda posibilidad de existencia de un estado laico. Este planteamiento será refrendado por la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958, que evidencia una identificación Iglesia-Estado que va más allá de la señalada en Italia por el profesor Tedeschi, postura que se desvincula de toda necesidad política inmediata y se configura como determinada exclusivamente por principios morales. « .buena parte de los preceptos concordatarios en relación con el ejercicio de la potestad de magisterio lo que garantizan es la libertad de la Iglesia para difundir la doctrina católica e impedir que sea desfigurada o atacada. Y ahí estamos ante una cuestión espiritual»

El mismo problema, pero desde la óptica eclesial es examinado por el profesor Lombardía basándose para ello en los documentos oficiales de los obispos españoles, entre los muchos otros que a su juicio podrían utilizarse, advirtiendo de la existencia de una ingente bibliografía. En etapa tan amplia los contenidos doctrinales pasan de la apología al conflicto, lo que en opinión del autor se posibilita por los contenidos de determinados documentos pontificios que, por su orientación, hicieron posible ambas posturas. Más que en actitudes locales el fundamento último se halla en posiciones de la Iglesia universal, y también los cambios derivados del Vaticano II, en cuanto no fueron asumidos por un estado confesional, determinaron la crisis.

En base a críticas pontificias al liberalismo y al marxismo, los obispos transmiten a los fieles la idea de que el orden instaurado responde a la doctrina de la Iglesia. También aquí los comportamientos del poder civil se definen en clara dependencia de las directrices religiosas.

Los cambios de orientación que establece el Concilio provocan la necesidad de compatibilizar la libertad religiosa y la confesionalidad del Estado. Los obispos pasan ahora, cautelosamente, a entender compatible la libertad religiosa con un trato preferente a la Iglesia católica, retrasándose hasta 1973 la relativización de la confesionalidad del Estado. El autor considera impreciso, el origen temporal

de esta nueva actitud, aunque eso sí, posterior al Concilio, que va a provocar también una polémica intraeclesial dadas las diversas tendencias. La crisis contribuye a que el Concordato se revele como inútil, siendo la muerte de Franco el último episodio de un proceso que aparecía ya como inexorablemente caduco.

Y la presente etapa democrática tiene su consiguiente introducción italiana a cargo del profesor Mirabelli centrada en «La posizione della Chiesa nei confronti della república italiana», que por abarcar también un amplio período de la vida del país, comienza precisando su falta de homogeneidad, y pasando revista a los cambios políticos, culturales y económicos ocurridos, en un análisis con ribetes sociológicos, que prescinde de bibliografía, y se ordena en breves puntos. Los factores a tener en cuenta en dicho análisis se enuncian de manera general, resaltando las dificultades de reconstrucción en las sociedades democráticas de su configuración organizativa.

Y tras el relato de las dificultades, una propuesta de periodificación que distingue como etapas el nacimiento de la república, los años 50 de clara hegemonía política de los católicos, y el inicio de los 60 de un proceso de secularización que desembocará finalmente en los 80 en una nueva forma de presencia católica, dentro de un ordenamiento que va decantándose hacia el pluralismo. Su planteamiento configura a la Iglesia como neutral en la disyuntiva monarquía-república, aunque manteniendo la teoría de un estado necesariamente confesional y concordatorio, para pasar después a un proceso de apertura determinado por el Concilio, con base sobre todo en su declaración de libertad religiosa, y afirmarse en los 80 una orientación laica y un nuevo modelo concordatario que, en lugar de determinar materias reservadas a la competencia de la Iglesia o del Estado, se limita a formular garantías para la positiva realización del derecho de libertad en la acción concreta de la Iglesia.

En cuanto al caso español, que comprende un período más breve, y desde luego inmediatamente contemporáneo, Víctor Reina, examina «La actitud de la Iglesia ante la España democrática», en un planteamiento también con connotaciones sociológicas, que parte de la contraposición entre un estado democrático, esencialmente participativo, y una Iglesia que se considera depositaria de una verdad revelada, y en cuanto a tal inmodificable.

En un primer momento los obispos mantuvieron posturas tan diversas como la reivindicación de la confesionalidad o los postulados favorables a la doctrina del Concilio Vaticano II. En momentos ya de cambio democrático se desautoriza la utilización por los partidos de pretendidas representaciones de los católicos, quizás como forma de enmendar pasadas adhesiones, por las que hubo también que pagar un precio. La relación más sustancialmente analizada es la que se establece con el texto político del nuevo estado, la Constitución de 1978, que configura un estado no confesional y laico que hace necesario redefinir la posición de la Iglesia, y sus lógicas intervenciones al respecto.

Su postura en definitiva fue la de reivindicar que la situación preferente de la Iglesia en la sociedad española debía reflejarse en el texto constitucional, postura que fue asumida por los partidos políticos más afines ideológicamente y concretada en la mención del artículo 16.3. Pero dadas otras ausencias del texto consti-

tucional la actitud del episcopado fue de reserva, cuando no de abierta, aunque minoritaria hostilidad.

En el nuevo marco institucional resulta evidente para el profesor Reina la escasa utilidad de los acuerdos concordatarios, especialmente porque los temas cuya competencia reivindica la Iglesia son en un estado democrático exclusivamente civiles, y por ello no resulta posible hacer dejación de dichas competencias, por muy religiosa que al mismo tiempo resulte la materia en cuestión. Los desacuerdos se desplazan ahora a otros terrenos: la Iglesia reivindica una competencia moralizadora que tiene pleno derecho a ejercer, siempre que se limite a ser un indicador ético de las actitudes de sus fieles, y no busque efectos vinculantes más generales.

En cuanto a la óptica estatal «La posizione della Repubblica italiana nei confronti della Chiesa» está a cargo del profesor Lariccia, con planteamientos más claramente jurídicos, aunque sin olvidar como trasfondo la evolución de la sociedad. El punto de partida es naturalmente la posición de la nueva República en relación a la Iglesia, que en principio se traduce en el mantenimiento de los acuerdos de 1929, prevaleciendo la relegación de su revisión a momentos menos conflictivos. El texto constitucional de 1948 modifica sustancialmente las premisas anteriores al establecer una separación de poderes, aunque existan preceptos de ambigua interpretación y una actitud general de evitar tensiones, que a veces llevará a confirmar soluciones jurídicas procedentes del anterior período histórico, restringiéndose la polémica a círculos intelectuales.

El Vaticano II será también decisivo para facilitar nuevas transformaciones, permitiendo nuevos pactos que entrarán en vigor en 1985. En el largo paréntesis que eso supone son numerosos los problemas de relación, y numerosas también las sentencias en las que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre la compatibilidad de las normas concordatarias y constitucionales.

Los nuevos acuerdos dan por finalizada la vigencia de una concepción confesional, y la base de la nueva orientación será «una recíproca colaboración para la promoción del hombre y el bien del país», definición que lleva implícita un riesgo de intromisión, en contraste con principios también vigentes de respeto a la independencia y a la soberanía de ambas entidades.

En muchos ambientes católicos existe la convicción de que la libertad de la Iglesia está mejor tutelada a través de un Concordato, mientras que el autor se muestra favorable a la suficiencia del propio derecho constitucional, denunciando los riesgos de multiplicar normas-pactos tendentes a garantizar privilegios a las confesiones religiosas.

En resumen, una ponencia de estricta observancia democrática que es seguida por el examen de la «Actitud de la España democrática ante la Iglesia», realizado por el profesor Llamazares. El autor denuncia un contenido jurídico, realizado además desde la perspectiva del derecho del Estado frente a otros puntos de vista posibles, lo que no resulta del todo cierto.

Su esquema se resiente de errores tipográficos, faltando numeraciones imprescindibles para relacionar los diversos apartados. Y además, junto a un inicial «Lugar de los Acuerdos en la jerarquía de fuentes del derecho eclesiástico español», de indudable contenido jurídico y en que dichos Acuerdos se relacionan con la

Constitución y la Ley Orgánica de libertad religiosa, señalando soluciones a las contradicciones posibles, aparece un segundo denominado «Principios informadores, técnicas de relación y modelos teóricos resultantes de relación entre Estado y confesiones religiosas» de caótica subdivisión y farragosa redacción, que intenta determinar diversos modelos posibles de relación Iglesia-Estado, parte de cuyos presupuestos vuelven a aparecer en un tercero sobre «Principios informadores, técnicas de relación y modelo de relaciones entre Estado e Iglesia en la Constitución española de 1978», que a nuestro juicio debería haber constituido el verdadero centro de la exposición.

Creemos en definitiva que resulta una aportación escasamente clarificadora de su temática, y en la que el análisis constitucional puede considerarse fallido. Su conclusión es que el Estado debe realizar una valoración positiva del hecho religioso, y favorecerlo en cuanto que ello le facilita la consecución de sus propios objetivos. En aquellos estados en que las creencias religiosas se someten al derecho común, y en contraposición a la tesis del profesor Lariccia, el autor entiende que ello puede traducirse en un trato discriminatorio, considerando ese derecho sólo formalmente común, y concluyendo que en realidad se trata de un derecho especial desfavorable.

Finalmente el libro recoge el contenido de la sesión de clausura, a cargo del profesor Montero, cuya orientación sociológica resulta un punto de referencia obligado de la problemática presente, y en cuanto a tal complementaria de las anteriores ponencias relativas a la actual situación española. «Iglesia, secularización y comportamiento político en España» Su análisis resulta imprescindible para comprender que la fórmula constitucional ha sido posible porque la sociedad española ha sufrido un proceso de secularización, que se precisa aquí fundamentalmente a través de encuestas procedentes del Centro de Investigaciones Sociológicas, que reflejan cambios de comportamiento evidentes, producidos además en un periodo de muy breve en relación a otros países de similar ámbito cultural, aunque con mayor retraso.

Resulta evidente que la Iglesia española ha pasado de legitimar la dictadura franquista a apoyar la transición democrática, y que ésta se ha llevado a cabo sin conflictos religiosos graves por la postura, tanto de políticos como de eclesiásticos, favorable a procedimientos consensuales. El autor señala que, más que una disminución radical de los sentimientos religiosos, se ha producido un declive de sus aspectos institucionales y rituales, en un proceso que ha reducido el número de los católicos que se definen como practicantes a una tercera parte de la población.

Y esa es indudablemente una de las causas del desacuerdo de los españoles con que la Iglesia tenga un poder político, que se ilustra con diversas tablas, y siendo posiblemente también otra la reciente experiencia histórica de que el apoyo de la Iglesia a determinados gobiernos no se traduce en una mayor justicia y libertad para todos, sino exclusivamente en una posición privilegiada para la Iglesia institucional, con inmediata traducción material.

Pero además tampoco ese papel moralizante de la sociedad que se atribuye la Iglesia, y al que se alude también en otras ponencias, es reconocido como tal por la mayoría de los católicos españoles, observándose una tendencia a relegar la re-

ligión a la vida privada de los individuos y una menor repercusión de la misma en sus actitudes vitales, siendo una mayoría de los españoles contrarios a las pautas morales defendidas por la Iglesia en numerosos temas: divorcio, contracepción, aborto, matrimonio de los sacerdotes, etc.

Observa también el autor que ésta secularización ha determinado igualmente una considerable presencia entre los católicos practicantes de personas identificadas con la izquierda, presencia que carece de equivalentes conservador en sectores indiferentes y ateos.

Los datos muestran también un claro cambio generacional de los comportamientos. Posiblemente algo haya influido en ese cambio la pasada identificación de la Iglesia con posturas abiertamente intolerantes, lo que en tiempos de tolerancia como el presente, le ha restado credibilidad en generaciones próximas a ese ayer cercano.

RAQUEL RICO LINAGE
Facultad de Derecho
Universidad de Cádiz

JUARISTI, Jon: *El linaje de Aitor. La invención de la tradición vasca*, Madrid, Taurus Ediciones, 1987, 337 págs.

Aitor, padre de los vascos, ocupó el lugar del nieto de Noé, hijo de Jafet, Túbal, ancestro común de los hispanos. La sucesión se produjo en tiempos sabidamente recientes, durante la primera guerra carlista, en 1836, el suletino Joseph Agustín Chaho dio vida al totem con su iniciático *Voyage en Navarre pendant l'insurrection des basques*, en 1843, su *Aitor. Légende cantabre* le dejó bien singularizado de cara a toda la humanidad. Fue Aitor un superviviente del Diluvio Universal no salvado por el Arca. La invención es transformación: la tradicional hidalguía —*aitoren seme* entre otras expresiones— se ha personalizado en *Aita-oro*, padre total vasco.

La tradición transformada, relativamente nueva, no empieza a desarrollarse hasta algunos años después. Parece incluso tener una fecha de despegue bastante exacta. En 1851 simultáneamente aparecen los primeros volúmenes de la *Defensa Histórica del Señorío de Vizcaya* de Pedro Novia de Salcedo y las *Leyendas Vascongadas* de José María Goizueta. La *Defensa* es como se sabe una respuesta tardía a las *Noticias Históricas de las Tres Provincias Vascongadas* de Juan Antonio Llorrente, su mismo planteamiento aquí interesa. Novia de Salcedo opone a la crítica historiográfica «el respeto que se merecen las tradiciones de los pueblos» cuyo «algo o mucho de fabuloso y supuesto... no destruye la esencia del hecho» y su significación política. Las *Leyendas* impulsaron decisivamente el género con su mismo éxito: cinco ediciones entre 1851 y 1890 aparte traducciones. También es 1851 el año en el que Francisco Navarro Villoslada comienza la elaboración de su *Amaya o los vascos en el siglo VIII*.

No es un año cualquiera éste de 1851, cuando el Concordato, o cuando también la frustración del Código Civil. Los fueros se han sentido amenazados y no acaban de recuperar la confianza. La misma historia vasca tradicional, ya desacreditada con obras como la de Llorente, mal refugio ofrece. Está presto Aitor a la sucesión el valor de la leyenda en sí se afirma. He aquí un combate desigual entre la imaginación y la historia por una cultura política de efectos prácticos. Se trata de la cobertura de una diferencia institucional que se siente bastante al parir tras la guerra carlista y la ofensiva del constitucionalismo y la codificación.

Juaristi identifica la coyuntura de arranque: «La historiografía fuerista, mero apéndice de los cronicones del Antiguo Régimen, fue incapaz de hacer frente a los embates de la crítica y hubo de ceder su puesto a la literatura» (p. 32), cuyo mismo auge así «se explica en buena parte por la crisis del discurso histórico tradicional y porque, en definitiva, las novelas históricas y las leyendas asumen la función de legitimación ideológica del régimen foral ante el rápido desprestigio de la historia apologética del Antiguo Régimen» (p. 60). El peligro corrido por los fueros genera en fenómeno literario o produce prácticamente el género (p. 109). Y es esto más que un mero capítulo de la conocida suplencia de la historiografía por parte de la novela histórica durante un período del XIX (p. 258), el desamparo constitucional de los fueros conduce a la búsqueda de este amparo cultural.

El nexo queda bien indicado, pero mal analizado. Y no sólo porque no sea el objeto de un estudio literario, sino también porque nuevos prejuicios, o un rebote de los viejos, estorban la percepción. De sobra se comprueba que el terreno de la confrontación no es el de la crítica historiográfica (p. 240 más expresivamente, respecto al cambio en consecuencia de Unamuno), pero el objetivo sigue centrándose en el mismo desvelamiento de la mendacidad de una historia. Mal puede realmente apreciarse y considerarse la propia función efectiva de esta imaginación legendaria cuando persiste el empeño de denunciarse como cuerpo extraño en el mundo contemporáneo o como virus dentro y fuera de él más maligno para la misma comunidad incluso que negaciones constitucionales cual la supuesta en el absolutismo.

Hay prejuicios frente a los fueros que, como tantos, parezco haber alimentado (p. 25). Los historiadores tampoco somos inocentes, siguiendo en la brecha Latén, y no sólo en mi caso, preocupaciones ciertamente actuales, una vez sobre todo que la Constitución acogiera a los Fueros, pero sólo nos interesa ahora su incidencia en la propia percepción de la historia, en lo que ya creo haber sido más cuidadoso, o haber añadido al menos sus matices, tratando también de corregir un exceso de discontinuidades. Aquí se dan, con el hiato que se acentúa entre las imaginaciones contemporánea y pretérita, como aquí se ofrece una feliz síntesis de los prejuicios que pesan (p. 177).

Cuando tradicionalistas «antiabsolutistas» como Chaho, Eckstein o Iturralde condenan el absolutismo en nombre de los «derechos históricos», lo hacen desde unas posiciones más contrarrevolucionarias aún que el propio absolutismo. En otras palabras, rechazan y condenan lo que el Estado absoluto tiene de moderno: la unificación jurídica, la centralización administrativa, etc. La defensa de los fueros por los moderados y carlistas vascos

estaba inscrita, con total coherencia, en una política antidemocrática. Los demócratas fueristas, incluso los más avanzados, se dejaron arrastrar hacia planteamientos similares, en razón precisamente de su fuerismo. Y esto, que tuvo graves consecuencias en el plano político, las tuvo también desastrosas en el literario, impidiendo la implantación de las fórmulas realistas en la literatura vasca de expresión castellana hasta que la generación de fin de siglo, o más concretamente Unamuno, se decidió a terminar de una vez con los modelos posrománticos

Se pasa también así al anuncio de la extinción de este fenómeno literario y del modo como aquí se le analiza, con perspectiva ya interna en la propia literatura. El estudio de las obras de Unamuno y de Baroja que de diverso modo interesan a la liquidación de esta tradición vasca ya va menos acompañado de contexto. El arranque del nacionalismo en este punto también se considera, pero en su aspecto igualmente literario. La transición entre aquella contextualización política y esta introspección crítica puede además sin brusquedad producirse porque ha mediado la denuncia del reduccionismo ideológico que particularmente a este objeto representa Antonio Elorza (pp 20-22 y 59-60). Aparece todavía la referencia política, pero ya no para explicarse el momento histórico, sino por conectarse más claramente con las susodichas preocupaciones actuales (p 205).

Por exceso o por defecto, por «españolismo» o por «provincialismo», los viejos temas de la «materia de Vasconia» (con excepción quizá de la gesta de Roncesvalles) dejaron de interesar a los literatos nacionalistas. Permanecieron, sin embargo, en su doctrina algunos mitos y estereotipos fundamentales del viejo fuerismo (la independencia primitiva, los pactos de la Corona, la pureza racial y la resistencia a la asimilación), que condicionaron la dirección que más adelante tomarían la historiografía y las ciencias humanas de que el nacionalismo vasco se ha valido hasta hoy para dar un sustento pretendidamente científico a sus presupuestos ideológicos

Dejando ya al margen el problema del continuo de una tópica más tradicional que así parece finalmente renacer, considérese sólo el momento. Si entrándose en el nuevo siglo se extingue un género en cuyo surgimiento fueran tan decisivos los factores extraliterarios, ¿no habrían de mirarse éstos también ahora? A algunos sectores sociales, y no precisamente marginados, la estabilización del régimen de Conciertos ya tal vez ofrecería un amparo institucional superior al de la mera subsistencia anterior de un orden más tradicional, las mismas funciones políticas de la cultura más legendaria podrían ya resultar superfluas o incluso a estas alturas incómodas también por diversas razones para los unos y para los otros. El propio debate foral algo podría decir. Y el hecho es que la situación ha cambiado y que tal cambio hubiera requerido atención para el propio seguimiento del fenómeno literario.

Durante cerca de un siglo se han seguido las vicisitudes de un género, con mano literaria, pero con mirada políticas. Más desenvuelta, la primera aporta desde luego mayor cosecha y mejor provecho, menos distanciada, la segunda no siem-

pre se sostiene Pero de ella viene el interés suplementario de este estudio fuera de su propia especialidad. Título y subtítulo, con sus guiños a las comunidades política y científica, ya lo anunciaban.

B CLAVERO

JUNYENT SOBIRA, Eduard: *Diplomatari de la Catedral de Vic. Segles IX-X*. Patronat d'Estudis Ausonencs. Vic, 1984, fasc. 3 (pp. 273-392).

Prosigue la publicación de este interesante Diplomatario iniciado en 1980 y de cuyas anteriores entregas se ha dado cuenta ya en este *Anuario* (vid. vols LI y LII) La presente, recoge los documentos números 325 a 469, comprensivos de los años 960 a 980, bajo la misma presentación ya reseñada, y con análogas características de contenido En su gran mayoría, son actas entre particulares o entre éstos y la sede de Vic, pero no falta la presencia de algunos personajes de significación pública Ante todo el propio conde de Barcelona, Borrell, que lo hallamos efectuando la donación a la sede ausetana del castillo de Tous de gran interés para la reconquista y restauración de la marca exterior del condado (doc 328), o la de unos alodios a particulares (doc 465), alguno de ellos calificado de *fidelis* (doc 352), así como otro adquirente de un castillo en la frontera urgelense (doc 365), y otro también en una permuta (doc 345) El Vizconde de Ausona Guadallo, es autor de otra donación a un *fidelis*, de una pieza de tierra que tenía «per meum beneficium» (doc. 356) y de una permuta con un particular (doc 448) También el obispo Guisado, de Urgel, y la Vizcondesa Riquila, de Narbona, aparecen como titulares de sendos negocios (docs 361 y 346) No son para preterir, asimismo los documentos pontificios de Juan XIII relativos a los intentos de la restauración de la metrópoli eclesiástica tarraconense, primero por parte del abad montserratense Cesáreo (doc 404) y luego en favor de la sede de Vic en la persona de su obispo Ató (docs 405 a 409), así como las bulas de Benito VII a favor del obispo Froya (docs 445 y 446), casi todos conservados en valiosos papiros del archivo capitular vicense.

Pero como ya indicamos, la presente sección de este Diplomatario, está integrada virtualmente por negocios jurídicos privados donaciones y ventas principalmente, más algunas permutas Del conjunto de actas de compraventa, referidos siempre a bienes rústicos señalaremos por su singularidad, la que comporta la disolución de una copropiedad familiar (doc 382), la efectuada entre marido y mujer (doc 429), y la que envuelve a título de precio, un libramiento *pro exovario*, de unas heredades por unos esposos a favor de un matrimonio (¿hija y yerno?) y que representaría un testimonio precoz (año 972) de esta figura de aportación matrimonial, y de su propio nombre (doc 415) Del cúmulo de donaciones, casi todas a favor de la Catedral de Vic o de otras iglesias o monasterios, al lado de las de carácter simple o pleno, queremos señalar, las cada vez más numerosas de índole limitada o condicionada principalmente por la reserva de la posesión o usu-

fructo en favor del donante, durante la vida del mismo (doc 326) con satisfacción de la *tasca* o prestación correspondiente (doc 427) o extensible a la vida de sus inmediatos descendientes, también con pago de *tasca* (docs 440 y 450) Otra de ellas era redimible por parte del hermano del donante, satisfaciendo el mismo, a la sede ausetana, receptora, una cantidad estipulada (doc. 444). De las tres únicas donaciones a favor de particulares, una tenía carácter pleno (doc 349) otra, llevaba la carga de un censo anual a favor del donante y su descendencia, germen del del futuro establecimiento agrario (doc 339), y la tercera, comportaba la reversión del bien en favor de los hijos del donante, tras la muerte del donatario (doc 426) Una sola *impignoratio*, con ciertas particularidades, se atestigua, la del documento 419

El derecho sucesorio está también representado, bien que en muy escasa medida Registramos dos testamentos ordinarios, con designación de *manumissores* para distribución de legados, entre ellos los destinados al cónyuge, en caso de la mujer, condicionados a su permanencia en viudedad (docs 397 y 403) En este último, figura el legado específico de las armas a uno de los hijos del testador y del caballo, con su hijo y esposa, *in potestate seniori meo*, es decir, una recomendación para protección familiar remunerada Dos son también las adveraciones de testamentos anteriores (los denominados no siempre con exactitud, testamentos sacramentales), en la forma tan difundida en la época (docs 338 y 346), y varias las donaciones de ejecución testamentaria, en que unos *tutores vel elemosinari*, o *vel manumissores*, realizan la transmisión de bienes, según el encargo recibido del testador, con eventual alusión al acto de adveración de su última voluntad (docs 364, 370, 425, 447, 455)

Como puede colegirse, refleja este sector documental un paisaje jurídico correspondiente a la sociedad de la Cataluña Vieja, en los decenios inmediatos al milenio, con un amplio despliegue del tráfico de bienes entre particulares, de condición libre, sin que se aprecie todavía la inferencia de las relaciones feudales (sólo cabría alegar las escasas referencias a una tierra poseída en *beneficium* por un Vizconde, y a un *senior* de un caballero) ni señoriales, bien que en este último aspecto el progresivo incremento de la propiedad de la sede vicense prepararía la plataforma de la ulterior estructura dominical de la misma La ordenación política se basa todavía en la integridad del poder público, manifestada por la regencia suprema del Conde, de su auxiliar territorial, el Vizconde, y de los vicarios o delegados locales, atestiguados éstos reiteradamente (docs 359, 366, 372, 429 y 430)

J. M.º F. R.

LEYES DE ALFONSO X, 1: *Especulo*. Edición y análisis crítico por G. Martínez Díez, con la colaboración de J. M. Ruiz Asencio (Avila, Fundación Sánchez Albornoz, 1985), 632 págs.

La Fundación Sánchez Albornoz, instituida en 1984 para honrar la memoria y continuar la tarea histórica de don Claudio, hace honor a estas dos metas fundacionales con el volumen que aquí reseñamos y que aparece apenas un año des-

pués de constituirse la Fundación. Este volumen se presenta como el primero de una serie en la que se promete una edición crítica y estudio de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio.

Este primer volumen contiene una edición del *Especulo*, precedida de un estudio de las cuestiones textuales a cargo del profesor Gonzalo Martínez Díez, y codicológico seguido de un análisis paleográfico del profesor J. M. Ruiz Asencio del único códice medieval en que esta obra se transmite. A estos dos trabajos, sigue una transcripción del mencionado códice, que es el MS 10123 de la Biblioteca Nacional de Madrid.

El estudio de Gonzalo Martínez Díez trata sucesivamente de la tradición manuscrita del *Especulo*, de las ediciones que ha tenido, del autor y título de la obra, plan o estructura interna, época en que se redactó, destinatarios y fuentes, si nos hallamos ante una obra completa o ante un proyecto truncado, análisis más detallado del MS 10123 de la BN de Madrid, de las glosas que aparecen en dicho manuscrito (y que se transcriben a pie de página en esta edición), así como de otras adiciones al texto del *Especulo* en dicho códice, para concluir con un vocabulario selectivo de palabras del *Especulo* hoy en desuso. Sin ánimo de suplir la lectura de estas sustanciosas páginas introductorias, quizá no sea fuera de propósito resumir aquí algunos resultados principales de las mismas para facilitar al lector de esta reseña el alcance de la obra aquí reseñada. Aparte del manuscrito medieval ya mencionado, sólo hay tres códices, copias mediatas o inmediatas del mismo según Gonzalo Martínez Díez, que datan del siglo XVI, XVIII y XIX respectivamente, por lo que no se anotan aquí sus variantes. Estos tres manuscritos habían sido manejados ya para la edición de la Academia de la Historia, aparecida en 1836, de la que son reproducción la de 1849 en los *Códigos españoles concordados y anotados* así como en la de 1865 en *Los Códigos y Leyes de España* de E. Pinel y A. Aguilera. El autor de la obra es el rey don Alfonso X, no al modo que hoy entendemos esta expresión, sino como él mismo la expuso más de una vez (aquí se podrían citar pasajes alfonsíes de la *General Estoria* y del prólogo del *Libro de la ochava esfera*, que se indican en *Revista Española de Derecho* 41, 1985, 358, nota 38, donde se exponen diferentes conceptos de autoría en tiempos de Alfonso el Sabio). La fecha de promulgación cae entre el 2 de mayo y el 22 de junio de 1255. Como destinatarios se trata de darle la máxima universalidad tanto para el reino de Castilla como para el de León, tanto para los alcaldes de corte como para los jueces de las villas. Como fuentes del *Especulo* hay que contar diversos ordenamientos castellanos y el derecho común romano-canónico medieval. El editor se pronuncia por la teoría de que nos hallamos ante un proyecto abandonado y no ante una obra incompleta por haberse perdido el resto. El manuscrito medieval de esta obra se debe a una única mano que lo realizó en torno a 1390. El rubricador, que según los editores, es el mismo amanuense, no llegó a realizar por completo su tarea.

Muy oportuno resulta también el estudio paleográfico y codicológico del profesor Ruiz Asencio, ya que se ocupan de aspectos menos familiares a los historiadores del derecho, y en los que él es un profesional bien cualificado, como lo ha demostrado ya, entre otros trabajos, en el que antecede a la edición del manuscrito londinense de la Primera Partida.

En la página 15 y siguientes se habla de acompañar esta edición del texto alfonsí de unos estudios preliminares sobre la concepción y las ideas de Alfonso X sobre la monarquía y el poder real. Con un sincero respeto hacia ésta como hacia cualquier otra idea o iniciativa ajena, creo que se pueden dar por bien omitidos tales estudios, ya que como dijo el poeta «Sed his non erat hic locus». Los profesionales de las buenas ediciones críticas limitan sus introducciones a los problemas textuales de la obra que se edita. Son estos problemas los que hay que plantear y resolver lo más exhaustivamente posible como prólogo al texto que se edita. Sobre el texto así editado serán bien venidos los estudios sobre el contenido doctrinal que desde las más diversas sedes le dedicarán los estudiosos. En este contexto me hubiera gustado (y creo que no sólo a mí) ver en esta edición un buen aparato de fuentes, aquí preceptivo además porque hay alegaciones explícitas en el texto alfonsí que no se resuelven ni en nota ni en la introducción al volumen. Destacan por su importancia las alusiones a las Decretales de Gregorio IX, al Liber VI de Bonifacio VIII, al derecho romano justiniano, etc. Pero al lado de estas alusiones explícitas, hay otras muchas implícitas que suenan al oído de cualquiera que esté familiarizado con el derecho común romano-canónico medieval. El período alfonsí es muy importante en cuanto a la recepción de este derecho común en el castellano. De ahí que resulte imprescindible un aparato de fuentes que explicita cuanto bajo este aspecto subyace en el texto del *Especulo*. Lo mismo hay que decir, en la proporción que corresponda, con otras posibles fuentes de otras especialidades diferentes del derecho común medieval. Estas observaciones no empañan en absoluto los méritos de esta nueva edición del *Especulo* y de sus estudios introductorios, que representan una aportación sustancial y un punto de partida para la ulterior investigación y estudio de este texto.

Es mérito del profesor Gonzalo Martínez Díez el haber ofrecido una edición sensiblemente mejor que las que hasta ahora circulaban. Acaba de publicarse entretanto un valioso estudio del profesor Robert A. MacDonald, introductorio a una nueva edición del *Especulo*, que preparan dicho autor y el profesor Antonio Pérez Martín. Dicho estudio fue editado en *España y Europa, un pasado jurídico común. Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común*, Murcia, 26-28 de marzo de 1985. Edición por A. Pérez Martín (Murcia, 1986) 611-653. Ambos estudios coinciden y difieren en numerosos puntos que no es el caso exponer aquí. En ambos se reflejan aspectos silenciados en el otro. Sin pretender ahora dar un juicio sobre una edición que todavía no apareció, sí se puede adelantar que el programa editorial MacDonald-Pérez Martín responde mejor al ideal hoy día deseable para la publicación de textos medievales en general, y concretamente para las obras legislativas de Alfonso X el Sabio. Un aparato de fuentes y un glosario como los que se prometen en la edición aludida enriquecen sustancialmente el modelo de la edición que aquí reseñamos.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

LONDON FELL, A.: *Origins of legislative sovereignty and the legislative state*. Atheneum, 1983.

I. Con ese título general, A. L. F. anunciaba en 1983 la aparición de cuatro volúmenes cuyo objetivo básico consistía en demostrar que «el moderno concepto del estado como una entidad pública autónoma deriva de la conceptualización del Estado en términos de legislación pública, realizada desde la temprana Edad Moderna en Europa». En la fecha indicada, 1983, aparecieron los dos primeros tomos: «Corasius and the Renaissance systematization of Roman Law» (I) y «Classical, Medieval and Renaissance Foundations of Corasius Systematic Methodology» (II). Pero, a pesar de que en la contraportada se indicaban como de próxima aparición, los dos siguientes títulos —«Bodin's Humanistic legal System and Rejection of Medieval political theology» (III) y «Medieval or Renaissance origins?» (IV)— aún no han visto la luz tres años más tarde.

La anterior circunstancia es en verdad de una importancia mayor que la que aparentemente reviste, ya que la lectura de la parte aparecida permite advertir que lo que en el fondo se está cuestionando es la producción de Bodin, siendo los volúmenes aparecidos un mero precedente, pues están concebidos como una presentación o estudio preparatorio de las consecuciones bodinianas. Al mismo tiempo, este hecho puede, me parece, ser utilizado como pretexto para justificar una recensión de libros no recientes, aunque factible de ser realizada por la propia coherencia temática entre ambos volúmenes.

II. Tales volúmenes, en efecto, tienen como objeto central la obra del juez y jurista francés Johannes Corasius —sobre todo su Arte Legal «De Iuris arte (De Iure civile in artem redigendo)», 1560—, en quien L. F. ve una de las principales, si no la mayor, influencias de Bodin. En primer término, aunque no es este el hecho más determinante, por la activa y renovadora labor académica que Coras había desarrollado en la Universidad de Toulouse, a pesar de que cuando Bodin ingresó en la misma, de la que aquél había sido rector, Coras ya no formaba parte del Claustro. No obstante, es cierto que se pudo beneficiar de las reformas consistentes en la introducción, salvadas grandes dificultades, de conceptos humanistas (*mos docendi gallicus*) en un reducto bartolista (*mos docendi italicus*) y tradicional en religión. Por lo demás, desde este aspecto meramente formal, L. F. rechaza, seguramente con razón, las formulaciones de la historiografía actual que tienden a subrayar las diferencias habidas entre ambos como consecuencia de la negativa del Parlamento de Toulouse a autorizar la apertura de un centro de enseñanza en esa ciudad, que Bodin había solicitado, arguyendo que Coras no era sino uno de los varios «consejeros» de dicho Parlamento.

No son, sin embargo, tanto estas relaciones de tipo académico como sus aportaciones doctrinales lo que interesa destacar a L. F. La explicación consiste en la individualización de Coras —desmarcándose así de sus predecesores y contemporáneos— en el marco doctrinal ya no sólo francés sino más bien europeo, consistente en la utilización y aplicación de las cuatro causas aristotélicas como elemento fundamental en la construcción de una teoría de la «Legislación pública», constituyendo ésta, a su vez, la base del Estado (República) moderno. Al propio tiempo, concibe el Estado como fin de la legislación. En la aplicación de las cua-

tro causas consiste, precisamente, el aspecto más relevante de la obra capital de Coras, a la vez que supone el mayor y más determinante acercamiento a Bodin. En este sentido, L. F. lo expresa rotundamente cuando escribe que «las dos principales obras escritas en la mitad del siglo xvi —*De Iuris Arte (De Iure civile in artem redigendo)* (1560) y *De Iuris Universi Distributio* (1560), ambas de Coras y Bodin, respectivamente— fueron Artes o sistemas de Derecho en que los autores hacen extensivo el uso de las cuatro causas del Derecho».

A este respecto, si bien el autor confiesa en el prefacio del primer tomo que su obra es un «multivolumen» destinado a la «interpretación de los problemas centrados en el enciclopédico arte del Derecho en la jurisprudencia del Renacimiento», en realidad, y al menos en lo que se refiere a los títulos aparecidos, consiste más bien en demostrar la efectividad de las «cuatro causas» en la formación de una teoría de la soberanía legislativa como base del Estado. En ello radica el particularismo de Corasius, primer jurista, según L. F., que consiguió este propósito.

Por ello mismo, y a mi juicio, el volumen más interesante es el I, centrado en el análisis pormenorizado de la obra de Johannes Corasius. El segundo tomo, en efecto, al que el propio autor califica de «volumen suplementario» del primero, está construido para resaltar la originalidad del binomio Coras-Bodin desde el punto de vista metodológico, frente a las tendencias anteriores y coetáneas. Por ello, para significar el punto de inflexión, el único y representado por Coras antes de Bodin, que marca un distanciamiento de las sistematizaciones de Derecho Civil desde el temprano Renacimiento, relativas al Arte Legal, la Dialéctica legal y la enseñanza legal, L. F. realiza un análisis de tales corrientes doctrinales. Comienza, sin embargo, por los orígenes, y así se remonta a Aristóteles —atendiendo sobre todo a la *Física II*— y Cicerón —*De Oratore*— para determinar las cuatro causas —material, formal, eficiente y final—; continúa con la obra justiniana, y concluye con los comentaristas medievales Aquino, R. Llull, Bartolo y Baldo, en la primera parte. En la segunda, dedicada exclusivamente al Humanismo, se ocupa de este movimiento desde Budé a Doneau. Y, finalmente, la tercera la conforma un apartado en el que L. F. explica la propia evolución de Coras determinada por su formación humanista, desde sus inicios como sistematista, sus contactos con el *mos italicus* —fue presentado y alcanzó el grado de doctor en Italia auspiciado por el Bartolista Felipe Decio— al tiempo que establece las fuentes y desarrollo de su obra doctrinal.

El libro concluye con apéndices de una importancia capital, probablemente lo más valioso del volumen, en los que se recogen una selección de los textos más significativos del Digesto y posteriores comentarios sobre los mismos, realizados por Coras y otros juristas próximos —desde Budé a Turamini—. Incluye, además, una relación cronológica de las obras jurídicas más importantes publicadas desde fines del siglo xv a principios del xvii.

III. No obstante, es el volumen I, *Corasius and the Renaissance systematization of Roman Law*, el que sin duda reclama una mayor atención. Aunque en él el autor utiliza, con la evidente finalidad de reafirmar la argumentación contenida en el *Ars*, toda la producción científica de Coras, muy especialmente sus primeros comentarios sobre el Digesto elaborados en la etapa que L. F. denomina «sistematista», el armazón se centra sobre el *De Iuris Arte*, su obra fundamental.

La razón es bien simple: se trata de señalar la ruptura metodológica, ya no sólo, por supuesto, con respecto al *mos italicus* sino también con el más temprano Humanismo. Y ello porque esa ruptura es la que, precisamente, permite establecer las conexiones internas más relevantes con Bodin. Pero, al propio tiempo, la quiebra metodológica conlleva una revisión de índole más práctica, una «política del Derecho» que consiste en un cambio de atribuciones de las instituciones, desde el legislador al juez, justificadas, obviamente, desde una nueva alternativa doctrinal. En resumen, se trata de otra perspectiva en la creación del Derecho que parte, con un nuevo concepto de Soberanía, de la mutación de sujetos en que tal soberanía recae. Un breve resumen acerca e ilustra el procedimiento.

IV. El tomo está dividido en cinco partes y un *excursus* final en el que L. F. lleva a efecto determinadas observaciones acerca de las conclusiones de la historiografía reciente —en particular Kantorowicz— sobre el Humanismo y temas básicos del mismo —Estado, Legislación— en el tratamiento otorgado a ambos por la jurisprudencia doctrinal de la Baja Edad Media y primer período renacentista.

La primera parte se construye en torno al procedimiento de «la reducción a arte» del Derecho y los mecanismos en que tal reducción se lleva a cabo; en tanto que las partes segunda, tercera y cuarta tienen como objeto el estudio pormenorizado de las cuatro causas aplicadas al Derecho. En este sentido, Corasius identifica la soberanía del legislador con la causa eficiente de la Ley, lo que, en conformidad con sus presupuestos metodológicos, le permite analizar y revisar las teorías existentes sobre la jurisdicción, la función desarrollada por la costumbre y la legislación y, finalmente, la ley y la justicia. La parte tercera se fundamenta en las causas formal y material, o lo que desde el punto de vista coetáneo sería la propia soberanía de la ley emanada del legislador sobre los jueces. A este respecto, frente a la postura tradicional de asimilar o identificar jurisdicción con soberanía, Corasius defiende la subordinación judicial —cuya función queda así fuertemente restringida ya que sólo se admite su interpretación en determinados casos de Derecho Civil, nunca en los asuntos criminales— al legislador. Por último la causa final: la justicia.

L. F. No se detiene en el estudio de las causas según su conceptualización aristotélica y la correspondencia que Corasius encuentra en el Derecho coetáneo, sino que, por el contrario, establecida la dualidad (de la causa y su correspondencia), la pone siempre en contacto con el objetivo fundamental de la obra: la soberanía legislativa. Y así, en este último caso, se detiene particularmente en el análisis de la *respublica* —término que traduce libremente por Estado—, atacando, como lo ha venido haciendo en apartados anteriores los tradicionales puntos de vista, en este caso y sobre todo, de Baldo.

La quinta y última parte es un compendio analítico del impacto que la teoría de Corasius ejerció en las doctrinas contemporáneas, desde la situación anterior al Arte Legal a la posterior, resaltando, claro es, el modelo bodiniano, al tiempo que incide nuevamente en la sistematización de las causas formal y material. Esto, precisamente, le permite volver de nuevo sobre la función del juez y analizar los efectos, causas y acciones del Derecho.

V. Después del sumario resumen anterior, conviene, sin embargo, prestar atención a dos aspectos que sintetizan, a mi modo de ver, la visión que L. F. po-

see de la «originalidad» de Coras. Me refiero en concreto al capítulo III de la primera parte y al V de la segunda.

El primero, «Corasius methodology and controversy with Ehemius», porque incide en un punto capital como es la polémica sostenida, ya no sólo con Ehemius, sino de más amplio radio, en torno al problema metodológico fundamental consistente en la posibilidad o imposibilidad de reducir a arte y ciencia el *Ius civile*. En este empeño, que Coras consigue con la publicación de su *De Iuris Arte*, en 1560, el consejero del Parlamento de Toulouse hubo de enfrentarse no sólo con los defensores del *mos italicus* sino con los partidarios de las diferentes tendencias humanistas defendidas desde Le Caron a Duaren. Estos, sistematistas, alegaban que la ambivalencia de la propia naturaleza del Derecho civil impedía la cuestión «in artem redigendo».

Con todo, los más enconados enfrentamientos los sostuvo con Ehemius, y posee el debate una doble importancia: en primer término, porque compartieron una misma posición doctrinal, la filología legal, de donde arranca la posición peculiar que representa su *Ars*. Y en segundo y más importante lugar, porque, según expone L. F., el enfrentamiento tuvo como consecuencia el asentamiento de la ciencia legal del Renacimiento puesto que a su influencia se debe la aparición de relevantes obras de tal género. Entre ellas, quizá la fundamental: el *Methodus*, de Bodin, en 1566.

En breves palabras, el proceso que explica L. F. se presentó en varias etapas que vienen determinadas por réplicas y contrarréplicas. Así se inicia en 1555-1556, en la aparición de Libro VII de *De Principis Iuris* de Ehemius, donde se rechazaba la posibilidad, apuntada en diferentes maneras por diversos juristas, de reducir el Derecho Civil a Arte Legal. La razón estribaba en la existencia de reglas infinitas y cambiantes, basadas en la autoridad humana y no en principios permanentes, que imposibilitaban su reducción a ciencia. Por ello la jurisprudencia es «prudencia», cuyo fin, entre otros, consiste en la consideración de reglas particulares e individuales, y, sobre todo, «verdadera filosofía», a la que no son aplicables las causas y efectos de un conocimiento demostrable. De ahí se derivaba también el rechazo a las cuatro causas. Sin embargo, tales consideraciones le permitieron ostentar, precisamente, una posición peculiar dentro del Humanismo —coherente con su condición de filólogo legal—, cual fue la admisión de un método inherente a la jurisprudencia, si bien únicamente válido como mecanismo de enseñanza legal.

La postura anterior fue directamente contestada por Coras en el *Ars I, 14*, donde defendía la jurisprudencia como Arte, Ciencia y Sabiduría. Descalificaba, exponiendo que era una «*reductio ab absurdum*», la defensa del derecho civil como prudencia, al tiempo que mantenía —aplicando las cuatro causas— que «aunque las leyes civiles puedan variar de acuerdo con el tiempo, lugar y circunstancias», yendo así contra el argumento de Ehemius acerca de la particularidad de las reglas, ello se debía al bien último del Estado, fin perseguido por el legislador —causa eficiente— lo que constituía el origen de la diversidad de leyes, ya que no se producía la coincidencia de legisladores ni de las necesidades de los individuos de países diferentes.

En definitiva, concluye Coras, el Derecho Civil puede ser reducido a arte y cien-

cia, porque se basa en principios constantes de la naturaleza y en la «razón» y «pensamiento» universales de todos los legisladores, más que en la experiencia o cambio de las condiciones humanas. En este sentido, el Derecho Romano podía sentar las bases de un arte universal y una ciencia del Derecho, sobre todo una vez que ha descalificado a los filólogos legales por su excesivo apego a letra, hecho que les había impulsado a distorsionar los textos del Digesto en los que, tanto Coras como Ehemius, asientan sus argumentos.

Hasta aquí la exposición de L. F. Pero aunque en su *De Iurisprudencia in artem non minus certa quam reliquas artes et scientias methodo redigenda, Liber VII*, aparecida en 1567, Ehemius, si no admite la posición de Coras, al menos mantiene con menor ahinco su postura inicial, no es sorprendente que este tipo de alegaciones contra la cuestión *Ius civile in artem redigendo* proceda de medios académicos alemanes. En este país, en efecto, los enfrentamientos humanismo-escolasticismo, tal y como han puesto de relieve autores como Wieacker y, más recientemente, G. Strauss o J. H. Overfield, no fue tan intensa ni presentó las características que reviste en Francia, seguramente por la consideración que, desde otros ámbitos que los culturales, se poseía del Derecho Romano como un ordenamiento foráneo y atentatorio contra las propias instituciones tradicionales del país. Y posiblemente también por la cuasi simultánea recepción del humanismo y el escolasticismo en ese campo con, al parecer, una marcada influencia italiana para el primer caso.

Con todo, tales diferencias se manifiestan más claramente en el mundo de la praxis jurídica, como por los demás se ha venido poniendo de manifiesto reiteradamente por la actual historiografía jurídica. En efecto, en tanto que en Alemania el Derecho Romano y los partidarios del *mos italicus* —ubicados en sólidos puestos de decisión-making en la administración del príncipe o en las cortes— encontraban grandes dificultades en la práctica como perturbadores de la tradición administrativa, política y jurídica defendidas y representadas por las corporaciones y Dietas territoriales, en Francia, como es notorio, la cuestión es bien distinta. Y a este respecto, aunque entre sus reclamaciones más constantes se encuentra la defensa de un Derecho Nacional, los humanistas gálicos olvidaban sus escrúpulos académicos relativos al *mos italicus*, recurriendo a sus autoridades y jurisprudencia y forzando los textos jurídicos romanos, sin prestar atención a cuestiones de filosofía histórica, para sus actividades en el foro. De ambos aspectos, los académicos y sobre todo los prácticos, constituye Coras un buen testimonio con su paso por las Universidades de Valence y Toulouse en el primer supuesto, o en su actuación como consejero-magistrado en el caso de Martin Guerre, estudiado por N. Zemon-Davis.

Aspectos como los anteriores pudieron acaso influir más en la postura de Ehemius que la posibilidad apuntada por L. F., acerca de su inspiración más o menos directa en el *Methodus* de Bodin (1566) en *De Iurisprudencia*. En su obra, Bodin defiende que la jurisprudencia «puede ser arte, y ciencia cuando concierne a todos los pueblos», pues en este caso se trataría casi solamente del Derecho Romano. Con ello, una vez más el estudioso de la obra de Coras trata de subrayar la herencia de éste en Bodin, centrado en la originalidad del método basado en las cuatro causas. Y, sin embargo, como ya en su momento expuso Kelley, Johannes

Corasius ni fue el único en utilizar a Aristóteles ni el primero en recurrir al modelo del *De oratore* ciceroniano. Ni siquiera fue el primero en defender la reducción a arte o *scientia* el Derecho Civil, pues antes que él la cuestión fue apuntada y defendida —como el mismo L. F. reconoce si bien matizando sus consecuciones para resaltar los logros de Coras— por, al menos Connam, Vives, Grammarus y, sobre todo, Hopperus.

En este sentido, quizá la aportación más personal consista en plantear con las cuatro causas las cuatro cuestiones —resolución, definición, división y demostración. En ello se fundamenta su propia metodología conforme a la que «los temas pueden definirse y dividirse» siguiendo el paradigma ciceroniano, a la vez que facilita el análisis de los fines de las leyes vigentes que persiguen o amparan la voluntad de los legisladores.

Las implicaciones de tal aseveración son bien sustantivas a la realidad de hecho de la Francia del siglo XVI. Y aunque L. F. pase por alto la misma, es evidente que, dadas las características profesionales y personales de Coras, aquella afirmación trasciende el modelo estrictamente teórico.

VI El segundo aspecto relevante, que a mi juicio ratifica la opinión expuesta en las líneas anteriores, lo constituye, como se ha apuntado, el capítulo V de la segunda parte «The lawmaker as state sovereign», centrado en la causa eficiente del Derecho, es decir, en el legislador. Con relación a este tema, L. F. vislumbra una dualidad subjetiva en la obra de Coras que concierne al proceso de elaboración de la Ley: el autor de la ley (lawmaker) —*leges ferre*— y el que establece la ley (lawgiver) —*leges condere*—, ambos vinculados a la premisa fundamental, la soberanía del legislador.

Ahora bien, aunque L. F. expone que la interpretación, frecuentemente forzada, de pasajes del Digesto (como D. 1.4.1, por ejemplo) permiten atribuir al príncipe gobernante la soberanía legislativa (similar, y he ahí una nota interesante, a la patria potestad del padre de familia, filón que L. F. no explota, a pesar de subrayar su presencia en Bodin), lo cierto es que la redacción del capítulo y la del inmediatamente anterior de complementaria lectura, inducen, cuando menos a la duda. Y ello por lo que de confuso hay en la propia redacción y, sobre todo, por lo contradictorio de las deducciones, contradicciones a las que, según expone, no es ajeno el mismo Coras. Así con la potestad del juez, pues el mismo lo subordina al legislador en el *Ars*, en tanto que en una obra coetánea, «Discours des parties et office d'un bon et entier iuge» (1559-1560), la postura es bien divergente. En todo caso lo cierto es que no queda claro qué institución ostenta la soberanía legislativa. Pienso al respecto que una mayor atención a la situación jurídica y política efectiva de la Francia de Coras por parte del autor de *Origins*, hubiera, sin duda, resuelto la cuestión anterior, del mismo modo que facilitaría su solución la exacta clarificación del porqué Coras lleva a efecto una interpretación «ni libre ni ahistórica» —aunque no siempre— de los conceptos jurídicos romanos relativos a la transferencia legislativa del pueblo romano al senado o al emperador. En todo caso contribuirían más, creo, que el recurso a los romanistas modernos, como hace en alguna ocasión L. F.

De entrada, repito, una cuestión fundamental como la indagación de donde reside la soberanía legislativa para el consejero Coras, si en los parlamentos o en el monarca, no aparece, a mi modo de ver resuelta satisfactoriamente. Y no obstante, el tema, dada su importancia, ha sido tratado por la historiografía.

Coras escribe y publica su obra fundamental avanzado ya ese proceso del «absolutismo francés», que en el aspecto legislativo potenciaron, sobre todo, reyes como Francisco I o Enrique II. Piano Mortari ha podido señalar al respecto, ya desde 1962, y sobre todo en 1976 como «los primeros cincuenta años del siglo XVI se habían desarrollado bajo la enseña del absolutismo regio», apoyado éste en un *Derecho Nacional*, a cuyo desenvolvimiento habían contribuido en gran medida la redacción de las «*Coutumes*» desde fines del siglo XV, redacción que permitió, con otros elementos, que «le roi jouit d'un pouvoir législatif très ample», en opinión de Olivier-Martin. Autores como el ya citado P. Mortari o Kelley, no dudan en interpretar como favorables al príncipe las contribuciones de los juristas franceses del siglo XVI, incluido Coras. En éste, víctima más importante de la noche de S. Bartolomé en Toulouse, concurre además la peculiaridad de su posición en materia de religión; y, al parecer, el período de las Guerras de Religión favoreció, precisamente, «la afirmación de las instituciones jurídicas nacionales». Merced a ello, el príncipe salió reforzado en sus competencias.

VII «La estrecha interdependencia entre aspectos jurídicos y situación histórica de la Francia del quinientos es un hecho indiscutible», exponía en 1962 P. Mortari, aseveración que parece irrefutable para interpretar los aspectos jurídicos, ya no sólo franceses sino europeos durante esa centuria. Sin embargo, la ausencia de los hechos históricos, la carencia de ese «paradigma político», como lo ha denominado Kelley, con excepción de los intrínsecamente personales que concurren en Coras, es casi generalizada en la obra de L. F., lo que constituye uno de los fallos más sustanciales de la misma. Tal carencia no puede ser justificada por el objetivo que persigue el autor: la exposición, exclusivamente teórica, de la quiebra metodológica que, introducida por Coras, permite el surgimiento del concepto de soberanía legislativa ya plenamente desarrollado en Bodin y que L. F. interpreta conforme a las premisas de la historiografía más convencional.

En el transcurso de esa misma exposición, L. F. se inclina ante todo a resaltar la originalidad metodológica de Coras y, sobre todo, a designar a este jurista como el que ejerció una mayor influencia en Bodin. Pero también con relación a este aspecto Kelley ha podido señalar asimismo alguno de los muchos acreedores de este último. En concreto señala al menos tres posiciones de partida: como gramático, como pragmático y como filósofo histórico.

En resumen, y ya que de ello se trata, no se puede decir, pese a todo, que estemos ante una obra más sobre Bodin a añadir a la ya abundante literatura sobre el mismo. Y no sólo por el desconocimiento de los volúmenes específicos que han de completar la serie, sino, más bien, por los resultados de los aparecidos. En este sentido, a pesar de las objeciones que quepa oponer —y muy significativamente, la de no hacerse eco de una tema tan debatido en la actualidad e íntimamente vinculado con lo aquí tratado, como es el relativo al Estado Moderno—, no deja de ser una buena consecución un estudio de tipo monográfico sobre la produc-

ción de un jurista más o menos representativo de la Francia de la mitad del siglo XVI, como fue J. Corasius

CLARA ALVAREZ
U. Autónoma de Madrid

MARQUÉS PLANAGUMA, Josep M.: *El Cartoral de Santa María de Roses (siglos X-XIII)*. Barcelona, 1986 (Institut d'Estudis Catalans), 156 págs.

El archivero diocesano de Gerona, nos ofrece, en este volumen la transcripción del Cartulario del antiguo monasterio de Santa María de Roses, en el condado de Ampurias, conservado en el mencionado archivo. Es un cartulario modesto en proporciones —no pasa de los 18 folios— con un total de 122 escrituras, que se extienden desde 898 a 1262 (una del siglo IX, cuatro del X, 20 del XI, 26 del XII y las restantes del XIII) copiado a mediados del siglo XIII, posiblemente en dos momentos del mismo. La publicación de los documentos sigue el propio orden del Cartulario, que no es el cronológico, sino como es usual, el correspondiente a sectores geográficos o de conjuntos de cierta homogeneidad por personas o asuntos.

Una meritoria introducción del editor, presenta los orígenes de este monasterio benedictino, muy vinculado a la casa condal de Ampurias, su principal benefactor. Consta su existencia ya en 944, bien que como iglesia dependiente del monasterio de San Pedro de Rodas, aunque en 950-970, aparece como entidad propia. Posteriormente pasó también por la condición de «iglesia propia», de los condes hasta la aplicación de la reforma gregoriana.

Las características de la documentación recogida son también oportunamente señaladas en la introducción, y al lado de los precedentes o relativos a los condes ampuritanos, se alinean, en su mayor parte, los de origen privado, concernientes a posesiones que engrosaron el patrimonio del monasterio.

Apuntaremos aquí unas breves anotaciones sobre los aspectos más peculiares de esta documentación en su dimensión jurídica. El ámbito del derecho privado, como es corriente, constituye el más representativo en esta colección. Donaciones puras, compras, ventas y permutas figuran en notable proporción. Igualmente las *definitiones* o *exvacuaciones* de derecho, que con frecuencia encubrían la solución más o menos transaccional de un proceso, según se refleja en algún caso, en que tal operación se realiza ante *pluribus bonis hominibus*.

No podían faltar las donaciones a la iglesia con reserva vitalicia del usufructo —para el donante o para algún otro familiar— y con la carga de un censo anual (Doc. 6, 15.) Otras veces la donación se realiza a cambio de una refección a favor del donante (doc. 7) o como dotación de un hijo presentado como clérigo (docs. 34, 35, 100), o para que se le suministre *victum et vestitum* (45), etc. En alguna donación de bienes al monasterio se le impone la condición de que éste no los enajene bajo cualquier título ni los conceda en feudo.

La administración del patrimonio del monasterio se refleja en diversos esta-

blecimientos de mansos, campos, huertos, molinos . —también de un solar para edificios (doc 71)— con carácter perpetuo y bajo la satisfacción de una entrada («*acapitum*») y de diverso género de prestaciones periódicas agrarias, cuyos productos, como dice el documento 11, serían llevados a un centro colector *quando mactetur nuntius noster*. Alguna vez (doc 104) se manifiesta en forma de compromiso de la familia que entra en el manso, de cumplir con las condiciones de su predecesor y de establecer uno de sus hijos como «hombre sólido», consignando además que la madre *non dedit redemptionem pro corpore suo* al abad del cenobio. Aquí podemos anotar también el documento 94 (1228), muy peculiar como designación de *batlle* perpetuo para las rentas monacales de la parroquia de Rosas, el cual satisfacía una entrada, recibiría sustento en el monasterio, como uno de sus monjes y prestaría homenaje, junto con sus hijos, como *homines proprios et solidos* del mismo

El capítulo de las impignoraciones está representado en los documentos 12, 61 y 109, pero sólo en este último se explicita que los frutos percibidos por el acreedor de los bienes impignorados no se computen en paga de la deuda. Por su rareza en los diplomáticos, anotaremos la presencia de una servidumbre de paso, (doc 57) y de otro de medianería (doc 56), de 1197 y 1213, respectivamente

En el derecho sucesorio no parecen testamentos según el orden visigodo con sus adverbios sacramentales tan usuales en otros diplomáticos. Los pocos consignados en el Cartulario son disposiciones directas de bienes, a favor de iglesias, particulares, cuya ejecución se encarga a unos *elemosinarii* y dejando los restantes para los hijos u otros familiares. La efectividad de estas disposiciones se atestigua en numerosos actos de donación o entrega del legado correspondiente (entre 989 y 1078). En uno de aquellos testamentos (doc 70 de 1163) se consigna una *meltioratio* en favor de un hijo, con usufructo vitalicio en favor de la madre, y derecho de acrecer de todos los hermanos en la parte del que falleciera sin sucesión. Podríamos advertir tal vez en esta *meltioratio* la insinuación del camino que conducirá hacia la declaración de heredero que no aparece todavía; así como en la donación a un hermano de los derechos que le correspondían por *paterna et materna voce* (núm. 76 de 1217) la constatación de lo que sería la futura legítima

El área del derecho público o señorial tiene escasa representación. El término *fevum* designa corrientemente una tenencia censual (documentos de 1081 a 1227). Pero hay constancia de un efectivo feudo del monasterio con carga de servicio militar a caballo para vigilancia de un sector costero, que dio lugar a un enojoso pleito (docs 86-92 de 1220 a 1234). También registramos el pacto de ejercer una jurisdicción común sobre la villa de Rosas, por el conde de Ampurias y el abad de Rosas, a través de los respectivos *batlles* con actuación indivisa, pero con reserva de la jurisdicción criminal para el conde (doc 82 de 1229). Los vínculos de mera dependencia personal tienen su reflejo en dos piezas documentales, las de números 112 y 133 (de 1207 y 1241 respectivamente). Por la primera, una mujer y sus hijos se colocan como *boni et fideles homines*, bajo la protección personal del *batlle*, quien promete defenderlos y custodiarlos, con sus bienes, como *homines meos proprios*, bajo prestación de un censo anual simbólico. La segunda, consigna un traspaso de dominio sobre una mujer e hijos, de la potestad del conde a la del abad, con renuncia de aquél, a toda futura exigencia en su persona y bienes

La administración de justicia no presenta tampoco destacado relieve. El documento número 8 (de 1081), recoge un acta judicial ante la curia del conde de Ampurias, en un litigio entre un particular y el monasterio que termina con una solución arbitral de *boni homines* con los jueces de la misma. Algunos otros juicios aparecen celebrados ante una curia del juez abacial, en cuestiones dominicales afectantes al propio monasterio (doc 86 de 1224). Y figuran también algunas intervenciones de jueces apostólicos en litigios de índole canónico-fiscal.

Señalemos, para terminar, el riguroso cuidado de la edición, siguiendo la pauta de la institución patrocinadora. Se acompaña aquélla de unos índices cronológicos, de escribanos, onomástico general, un abaciologio de Rosas, una selección de voces romanceadas y de unos ilustrativos mapas de las posesiones del cenobio.

J. M.º F. R.

NIEDEREHE, Hans-J.: *Alfonso X el Sabio y la lingüística de su tiempo*, trad. de Carlos Melches, Sociedad General Española de Librería, S. A. (Serie monografías - Historiografía de la lingüística española), Madrid, 1987, 251 págs.

En 1975, *Max Niemeyer Verlag* publicó esta obra que ahora nos llega en traducción revisada por el autor, con bibliografía actualizada y algún que otro retoque. La historia jurídica protagoniza directamente algunas de sus páginas, e indirectamente muchas. En las de este Anuario, entonces, su comentario se justifica. Índices temático y onomástico facilitan su manejo saltuario, y la relación bibliográfica ofrece referencias abundantes de un material historiográfico que, si bien es auxiliar para los intereses de los estudiosos del derecho alfonsino, no es en modo alguno prescindible.

Se trata de un estudio cuyo planteamiento deja ya ver sus dificultades. El objetivo del autor estriba fundamentalmente en desentrañar, sobre la base de la propia obra del monarca castellano, las concepciones lingüísticas que la sustentan, e intentar establecer las relaciones existentes entre teoría de la lengua y praxis lingüística que puedan extraerse de tales fuentes. No caben dudas del interés que con semejantes presupuestos adquieren las consideraciones de Niederehe sobre la finalidad de las obras del Rey sabio y la función que en ellas cumple el lenguaje que utiliza. Aunque las fuentes fundamentales de apoyo del autor sean la *General Estoria* y la *Primera Crónica General*, por constituir éstas el principal arsenal de argumentos para su estudio, las obras jurídicas, *Partidas* sobre todo, son lógicamente también objeto de su atención. Que incluya entre aquéllas el *Setenario* no es cuestión que hayamos ahora de discutir. Lo que sí necesita destacarse es el hecho de que Niederehe tenga siempre muy presente el carácter específico de tales obras, como ya comprobaremos, no considerándolas sin más obras literarias. Los recientemente manifestados escrúpulos sobre el uso que de las leyes alfonsinas suelen o pueden hacer los filólogos nos obligan a esta precisión (cfr. A. Iglesia, «La labor legislativa de Alfonso X el Sabio», en AA VV, *España y Europa*,

un pasado jurídico común, Murcia, Instituto de Derecho Común, 1986, pp 280-281 y 395-397).

Con los objetivos señalados, el libro se divide en capítulos de contenido diverso pero sólidamente relacionados entre sí: la «Naturaleza y función del lenguaje» (cap I, pp 39-83) abre el elenco de problemas que el autor se plantea; pasa luego a analizar el «Origen y variedad de las lenguas» (cap. II, pp 85-105) según Alfonso X, para seguidamente ocuparse de «El uso de la lengua» (cap. III, pp 107-128), donde tienen acomodo cuestiones tales como la multiplicidad de lenguas utilizadas por el monarca en las obras que se le atribuyen, el uso del español, y la política lingüística de Alfonso el Sabio, «Doctrina de la lengua» (cap IV, pp 129-146), «La biblioteca lingüística de Alfonso el Sabio» (cap V, pp 147-196), y «La filología alfonsina» (cap. VI, pp 197-222) completan la parte más sustancial de la obra. El conjunto de seis capítulos va precedido de una «Introducción» (pp 11-38) en la que resulta destacable el tratamiento del ya viejo problema de la autoría de la obra del Rey y su participación efectiva en la confección y redacción de las mismas.

Dignas también de mención son las consideraciones que prodiga el autor sobre las fuentes, y consecuentemente el uso que hace de ellas. Con respecto a lo primero, la destacable conclusión obtenida, coherente con la concepción medieval de autoría (o más bien con la ausencia de la misma), que provoca la continua reelaboración del material escrito, es que «la versión original de sus obras (de Alfonso X) simplemente no existe» (p 32). La afirmación puede resultar de difícil aceptación en lo que se refiere a las jurídicas, pero sólo si se tiene la idea de un necesario acto formal de promulgación que impida o dificulte su progresiva modificación en redacciones sucesivas, y que implique la existencia de un concreto estado de elaboración del texto (el correspondiente al momento de promulgación) que deba considerarse como preferible a cualquier otro. La cuestión es todavía excesivamente problemática para dar respuestas definitivas, y no ha sido abordada hasta ahora, con respecto al derecho castellano bajomedieval al menos, sobre bases sólidas. Las escasas referencias existentes —cfr A Iglesia, *op cit*, p 396. «Fuero Real, Espéculo y Partidas sólo pueden considerarse textos legislativos si han sido promulgados. Si estos textos jurídicos no llegaron a promulgarse, el historiador del derecho podrá hablar de los mismos como de proyectos legislativos y hablará de proyectos legislativos si considera que tales obras habían sido proyectadas con la intención de convertirlas en ley»—, aunque no deban necesariamente llevar consigo la consecuencia de la fijación del texto, no descansan sobre concepciones contemporáneas a la realidad historizada. Las dificultades, además, son de mayor amplitud en nuestro caso, ya que ha sido también recientemente puesto de relieve como problemático el propio término de «legislación» aplicado a las obras jurídicas de Alfonso X (B Clavero, «Signo social y secuela política de la legislación alfonsina. Planteamientos manualísticos», en *España y Europa*, *cit*, pp. 601-610, cuestionando en esta última su propio título).

Y uso de las fuentes, decíamos. La escrupulosidad del autor es aquí la nota predominante. Conociendo el defectuoso estado actual de conocimiento de las obras jurídicas del Monarca castellano por el estudio de A García-Gallo publicado en AHDE 21-22 (1951-1952), maneja los textos de Partidas sólo en el manuscrito de

la *British Library Add 20787* —publicado por Arias Bonet el mismo año en que se imprimía la versión alemana del libro que reseñamos—, y en otro más cuya fotocopia le facilita el *Seminary of Medieval Spanish Studies* de Madison (Wisconsin) y del que no se dan más referencias (¿se trata de otra fotocopia del mismo manuscrito? Cfr. pp. 36 y 225) Esto sólo le da oportunidad de utilizar con la pretendida solvencia la Primera Partida. El uso de ediciones para las restantes le permite sin embargo hacer alguna observación de interés de su examen de la Segunda Partida puede concluir que aunque de ella no se conserve ningún manuscrito del escritorio real, su contenido en los temas que interesan al autor parece «corresponder con bastante exactitud a las directrices dadas por Alfonso el Sabio a sus colaboradores» (p. 70)

Otro problema aflora insistentemente en las páginas de Niederehe, y es el de la lengua escogida por Alfonso X para la redacción de sus obras. En efecto, que estén escritas en su mayor parte en castellano es el resultado de una opción tomada por el Monarca entre otras tanto o más lógicas que la elegida. La cuestión planteada aquí tiene facetas diferentes según sea la temática de la obra que se considere. Las jurídicas requieren un enfoque específico, y por ello el tema ha llamado ya la atención desde el punto de vista histórico-jurídico (véase Carlos Petit en *AHDE* 56, 1986, p. 1086). Desde un punto de vista general, y *Cantigas* aparte, el latín constituía la alternativa evidente, consolidado su uso en las materias constitutivas del *trivium* y del *quadrivium* y siendo por tanto la lengua por excelencia de transmisión de conocimientos. ¿A qué motivaciones responde entonces el uso del castellano? Niederehe intenta solucionar el problema encarándolo desde una pregunta previa. ¿cuál es la función de la lengua en las obras de Alfonso X? Según el autor, se refleja en ellas un pensamiento ético-lingüístico. El lenguaje tiene una proyección moral en tanto permite distinguir con transparencia lo falso de lo verdadero, siendo así cauce de expresión y comunicación de las cosas buenas y ciertas. La claridad en la exposición es por ello presupuesto indispensable (pp. 68-72). Este planteamiento no lleva todavía necesariamente al uso del castellano, pero ya aparece de algún modo implicada la cuestión. En segundo lugar, ha de tenerse presente que las lenguas latina y castellana «no forman siempre para Alfonso el Sabio una oposición sino que son concebidas como registros de una única lengua» (p. 102). Pone con ello de relieve Niederehe la posibilidad de que las relaciones entre una y otra sean percibidas de modo distinto por nosotros y por Alfonso y su círculo de colaboradores, latín y castellano no se conciben por éstos como estructuras diferentes, resaltándose más lo que las une que lo que las separa. Y en tercer lugar, y en relación al primero de los argumentos aquí destacados, la multiplicidad de lenguas en uso indica que lo importante es la transmisión de conocimientos y no tanto el medio a través del cual se lleve a cabo (pp. 107 y ss.).

Todo ello, decíamos, desde un punto de vista general. Porque si el uso del castellano no tiene, en efecto, por qué significar un rechazo del latín, como se afirma en la página 109, cuando hablamos de obras jurídicas intervienen matices que pueden llegar a ser sustanciales. Y el autor lo sabe. «Los motivos para la elección de la lengua romance en las obras jurídicas son de orden político y no teórico-lingüísticos o incluso de enemistad con el latín» (p. 117). Tal elección, siempre se-

gún la argumentación de Niederehe, deudora en este punto de otras anteriores, es en realidad de Fernando III, siendo el hecho de la reconquista condicionante: en las extensas zonas de avance castellano durante el siglo XIII el árabe habría sustituido al latín como lengua culta, y el romance constituiría el único posible factor de comunicación; además, fueros locales anteriores habríanse ya redactado en castellano. Alfonso X es por tanto un continuador del modo de actuar de su padre (p. 118). Pero la actitud del Rey sabio no puede explicarse enteramente de modo tan sencillo, como Niederehe cumplidamente señala, y ello porque tanto en el *Fuero Real* como en *Espéculo y Partidas*, el monarca está dando entrada al *ius commune* («Derecho romano» para Niederehe), cuyo ámbito había estado hasta entonces reservado al latín (p. 119). Las explicaciones del autor, centradas en la reforma del sistema de estudios, son ahora algo confusas y no demasiado convincentes (pp. 124 y 129-139).

El problema sigue abierto (como prueba de su vigencia incluso dentro del ámbito más general de la filología, véase ahora Rafael Cano Aguilar, «Américo Castro y la obra científica alfonsí: algunas consideraciones en torno al *Libro de la Ochoava Espera*», en AA. VV., *Homenaje a Américo Castro*, Madrid, Universidad Complutense, 1987, pp. 65-75). Que las razones del uso del castellano en el derecho alfonsino sean de orden político es lo más verosímil, y así podía percibirse ya a principios del siglo XVII (véase cita de Bernardo Aldrete en p. 11). Y no sólo posiblemente razones de política interna: la utilización de la obra jurídica de Ugucione de Pisa, a cuyos escritos «lingüísticos» acude profusamente Niederehe (vid sobre todo pp. 187-191, donde específicamente estudia el posible conocimiento y utilización de su obra por Alfonso X) hubiera quizá reportado pistas valiosas. «Hoc iure soli Romani et qui subsunt Romani imperio adstringuntur. Sed quid de Francis et Anglicis et aliis ultramontanis, numquid ligantur legibus Romanis et tenentur vivere secundum eas? Resp. Utique, quia subsunt vel subesse debent Romano Imperio; nam unus imperator in orbe .. sed in diversis provinciis diversi reges sub eo. Praetera quicumque utuntur lingua latina, dicuntur Romani, unde et lingua latina Romana dicitur. et ideo Romani intelliguntur omnes Latini. Unde et hoc iure omnes Latini adstringuntur» (cit. por P. Costa, *Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale 1100-1433*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 315-316, núm. 11). Múltiples aspectos del problema están aún por explorar, como, muy señaladamente, la aparición contemporánea a las obras del rey sabio de una cierta literatura de derecho común en castellano (de nuevo inquiriere sobre ello Carlos Petit, en *AHDE* 56, 1986, p. 1103). Niederehe nos ha acercado amena y fundamentadamente a algunos de ellos.

JESUS VALLEJO
Universidad de Sevilla

ORTEGA, Margarita: *La lucha por la tierra en la Corona de Castilla al final del Antiguo Régimen. El expediente de Ley Agraria*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1986, 330 págs.

1. Al comentar el conocidísimo *Informe* de Jovellanos —escrito que pese a su moderación, o por expresarme con más propiedad, a la rotunda incoherencia entre sus postulados teóricos radicales y las medidas concretas propuestas, claramente reformistas, no dejó de traerle quebraderos de cabeza a su autor con la Inquisición— Clavero lo calificó como «el código teórico de la oposición del capital a la propiedad vinculada», considerando que representaba «la ideología liberal cuya función histórica, con su oposición abstracta a la reglamentación del derecho, se dirigía a la abolición de las relaciones jurídicas feudales —las cuales, como pudo verse en el objeto del mayorazgo, constituyen relaciones económicas de producción— en orden a la apropiación por el capital, hasta ahora fundamentalmente comercial, del proceso productivo» (*Mayorazgo Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*, Siglo XXI Ed., Madrid, 1974, pp. 322 y 319-320). La política preconizada por el polígrafo asturiano en materia de reforma agraria se condensaba en «proteger el interés particular de sus agentes» y garantizar «la tendencia y movimiento natural de su acción», debiéndose remover para ello diversos tipos de estorbos, «políticos o derivados de la legislación», «morales o derivados de la opinión» y «físicos o derivados de la naturaleza» (*Informe de la Sociedad Económica de Madrid al Real y Supremo Consejo de Castilla en el expediente de ley agraria*, Imp de I Sancha, nueva ed., Madrid, 1820, *passim*) La obra, publicada como es sabido por primera vez en 1795, supuso el hito terminal y al mismo tiempo frustrado del reformismo borbónico en la materia, y adquirió como no es de extrañar, gran importancia décadas después entre nuestros liberales. Pero antes, en el transcurso del Setecientos, habían ocurrido muchas cosas en lo relativo a la cuestión agraria, tanto respecto a los intentos reformistas como en relación con los conflictos sociales surgidos al filo de la explotación de la tierra. De ambas cuestiones se ocupa el libro de Margarita Ortega que me dispongo a comentar

Y hay que empezar por decir que mucho más del segundo que del primero de estos asuntos. En efecto, algo más de dos tercios de la obra se destinan a la descripción de la conflictividad social agraria, a las luchas de clases en el campo, mientras que en el resto se estudia el *Expediente de Ley Agraria*, es decir, el intento de reforma agraria de nuestro XVIII y a qué resultados condujo, si es que llevó a alguno. Desproporción más que notable, pues Todo ello, como bien señala la autora, en un mundo de problemas arrastrados secularmente a lo largo de la Modernidad: elevadísimo índice de tierras vinculadas o amortizadas, escasa superficie cultivada, incremento de los despoblados, roturaciones de tierras marginales, frecuentes revisiones de los arrendamientos tendentes a acortar su duración, dureza de las jurisdicciones señoriales, escasa productividad de las tierras.. Obsérvese cómo algunas de estas características derivan directamente de la especificidad de la propiedad territorial feudal en Castilla (B. Clavero, *Mayorazgo..*, *passim*) Una vez más, la incidencia del Derecho en la Historia rural

La obra se apoya en lo fundamental sobre una base documental reducida los

papeles del propio Expediente, es decir, cinco legajos (los 1840-1844) de la Sección de Consejos del A.H.N. Residualmente la autora, a título de contraste y de complemento, maneja alguna otra fuente documental. Buena cosa hubiera sido el ahondar en esta labor mediante la utilización de la litigiosidad agraria, de la que son verdaderos filones los Archivos de las Chancillerías de Granada y Valladolid.

2 Abre la autora la primera parte de su estudio, destinada al análisis de los principales focos de conflicto existentes en la sociedad rural castellana, con un capítulo en que se contemplan los enfrentamientos entre labradores y ganaderos o, por expresarlo con mayor precisión, la confrontación agricultura *versus* Mesta.

Los términos del problema pueden compendiarse como sigue El equilibrio agropecuario logrado en el transcurso del Seiscientos se rompió a partir de mediados del XVIII, y ello en buena medida como consecuencia de sustanciales aumentos demográficos que llevaron a roturar más tierras La oposición no se produjo tanto respecto a los ganaderos en general —no, por ejemplo, hacia los pequeños propietarios locales de rebaños— como en relación con los titulares de importantes cabañas agrupados en el Honrado Concejo Por lo demás, las cosas se complicaron sobremanera al producirse un descenso en la trashumancia ya que los grandes mesteños, arropados por sus privilegios, tendieron a arrendar considerables extensiones de tierra en los pueblos, principalmente para pastos pero también para subarrendarlas a los agricultores locales.

A lo largo de estas páginas se nos informa de los avatares de este enfrentamiento que afectó con especial virulencia a zonas como Salamanca, Extremadura y Andalucía occidental Desde el poder no dejaron de dictarse normas particulares que, en unos casos, derogaban privilegios mesteños y, en otros, protegían intereses de los labradores. De todas formas, los reformistas dieciochescos, patrocinadores de «una agricultura intensiva donde no tuviese cabida un régimen de privilegios como el de los mesteños» (p. 63), no consiguieron acabar con la Mesta Esto hubiera implicado, como escribe Ortega con acierto, «subvertir el “orden” de la sociedad española del Antiguo Régimen Y por el momento, no fue posible» (íbid.) De hecho, la corporación no sería abolida hasta la real orden —que no ley, como por error la califica la autora— de 31 de enero de 1836.

El capítulo segundo es el más extenso y también, a mi entender, el de mayor entidad del libro sin que ello quiera decir que esté exento de problemas. Siempre en base a la información documental recogida en el Expediente, Ortega aborda en él las relaciones conflictivas entre propietarios y arrendatarios O más bien habría que decir que se ocupa de la propiedad y de los arrendamientos así como de los propietarios y de los arrendatarios ya que se observa un cierto estatismo, o una considerable falta de relación, en el tratamiento de los dos polos de ambos binomios.

Encontramos algunas páginas dedicadas a los arrendamientos desde una perspectiva general en las que se realiza, con cierto detenimiento, un análisis de los diversos elementos de estos contratos y asimismo se muestra cómo su duración se redujo apreciablemente en la Castilla de la segunda mitad del XVIII, por lo común a períodos de entre 4 y 6 años Merece todavía menor atención, desde esta misma óptica, la propiedad A la autora le preocupa, casi le obsesiona, diría yo, la gestión de la propiedad por sus titulares y se olvida de la propiedad en sí mis-

ma hasta el extremo de que no hay en estas páginas ni una sola línea respecto al régimen jurídico de la propiedad territorial feudal. Lo que no es óbice para que, a renglón seguido (pp. 77-78), recoja datos que muestran cómo entre el 75 por 100 y el 80 por 100 de las tierras estaban vinculadas o amortizadas. ¿Desconocimiento o menosprecio hacia la función del Derecho en estos asuntos?

Buena parte de este capítulo la dedica la autora a ofrecernos sendos catálogos de propietarios y arrendatarios. Por lo que hace al primero, son obviamente predominantes los propietarios nobles y eclesiásticos. Aunque la iglesia tuvo menos tierras parece ser que las aprovechó mejor que la nobleza, y obtuvo de ellas mayores rendimientos. Paradójicamente, esta circunstancia no importó demasiado a los reformistas ilustrados ya que, mientras la propiedad nobiliaria apenas fue cuestionada, la eclesiástica tuvo que soportar muy duras críticas en el plano teórico —recuérdese el *Tratado* de Campomanes— que acabaron desembocando en las desamortizaciones del final de la centuria. Los muy variados propietarios no privilegiados no dominaban, en opinión de Ortega, cantidades importantes de tierra.

Dentro de la tipología de los arrendatarios, se distinguen nitidamente entre, por una parte, los «labradores» o «empresarios agrícolas capitalistas» (p. 67) —propietarios pero que, sobre todo, arrendaban importantes extensiones de tierra— y, por otra, el mundo abigarrado de los pequeños arrendatarios. A los primeros, la autora —que sigue aquí puntualmente al Artola de *Antiguo Régimen y revolución liberal*— les concede una función trascendente en la sociedad rural castellana de la segunda mitad del Setecientos considerando su actitud como claramente capitalista. ¿Son concebibles unas relaciones de producción tan marcadamente capitalistas en una formación social hegemónizada por la propiedad territorial feudal laica y eclesiástica? Por otra parte, la heterogeneidad de los pequeños arrendatarios estaba, ante todo, en función del ganado de labor de que dispusieran, con un mayor o menor acceso al terrazgo arrendable.

Hay un pequeño capítulo, el tercero, dedicado a los jornaleros. En páginas cargadas de vivas descripciones, se nos pone de manifiesto cómo abundaron estos «braceros, jornaleros, azadoneros o mancebos de campo» (p. 135), que de todas formas les conoce la documentación, fuerza de trabajo barata utilizada en determinados períodos del año conforme a las exigencias del ciclo agrícola. Pero la presencia de esa «burguesía agraria arrendataria de tierras» (ibid.), a la que tanta importancia se concedió en el capítulo anterior, unida a esta masa de jornaleros ¿justifican, siguiendo las huellas de Artola, el enmarcar «dentro del modo de producción capitalista las relaciones agrarias peninsulares» (ibid.)? De nuevo, en mi opinión, no se tiene suficientemente en cuenta, si no es que se ignora, la función de la propiedad territorial feudal. Por lo demás, y ello no debe de extrañar, los ilustrados no hicieron demasiado hincapié en mejorar la situación de estos asalariados rurales, como bien nos muestra Ortega cuando estudia los intentos de liberalizar los salarios o el fracaso de la política de repartos entre ellos de tierras de los municipios y de baldíos.

En el capítulo cuarto, también breve se estudian algunos aspectos concretos de la problemática de los Propios. En cuanto a su utilización, la autora plantea, sin ir más allá, las consabidas dificultades para distinguir estos bienes de los co-

munales y de los baldíos. Asimismo, parece ser que su explotación no era tan igualitaria o comunitaria como a veces se ha puesto de manifiesto ¹, produciéndose una acusada marginación de los vecinos jornaleros a la hora de aprovecharlos. La otra cuestión abordada hace referencia a la primera etapa de la política ilustrada de reparto de tierras de Propios plasmada, entre otras ², en la real provisión de 12 de junio de 1767, única a la que la autora se refiere calificándola reiteradamente de «ley» (vid pp 162-170), con lo que manifiesta de nuevo su desprecio hacia el rango de las normas jurídicas. Mediante estas disposiciones se perseguía asentar a los jornaleros en la tierra, política que ya había fracasado a la altura de 1770 tanto por causa de la deficiente concepción técnica de los asentamientos como en virtud de la oposición frontal de las oligarquías de los lugares donde pretendió aplicarse.

La primera parte del libro se cierra con un capítulo, el quinto, en el que se expone la geografía de los conflictos rurales de que se hace eco la documentación recogida en el Expediente «Las dos zonas en donde se asentó la mayoría de la información —escribe la autora en este sentido— correspondía al minifundista y parcelado paisaje agrario de la cuenca del Duero y, en segundo lugar, al núcleo latifundista disperso por Andalucía, Extremadura, La Mancha, y la propia Salamanca. Quizá, por eso, sea la provincia de Salamanca —que participaba tanto de los problemas del minifundismo como del latifundismo y de la difícil convivencia con los ganaderos mesteños— la indiscutible protagonista del expediente de Ley Agraria» (p 172) Y en las páginas que siguen se analizan con bastante detenimiento las dificultades planteadas por la explotación de la tierra tanto en la entonces provincia salmantina, señaladamente en el partido de Ciudad Rodrigo, como en la zona andaluza, en Sevilla y Cádiz en particular, ámbito este último donde destacaban problemas como el latifundismo o la desdichada situación de los pelantrines o pegujaleros

El capítulo culmina prestando alguna atención a los efectos derivados de la aplicación de la real pragmática de 11 de julio de 1765, lo que no deja de ser sorprendente, a efectos sistemáticos, por el lugar elegido para abordarlos. Esta norma, como es sabido, estableció la libertad de comercio de granos para todo el territorio de la Monarquía suprimiendo la tasa que secularmente afectaba a estos productos. Sabido es también cómo fracasó, porque, como nos dice Ortega, al ir dirigida «a incentivar la producción agrícola» no abordó «el fondo del problema

¹ Uno de los autores que más enfáticamente ha defendido el comunitarismo agrario es David VASSBERG, vid su *Tierra y sociedad en Castilla. Señores, «poderosos» y campesinos en la España del siglo XVI*, Ed Crítica, Barcelona, 1986, en particular los tres primeros capítulos, y mi recensión en el Anuario correspondiente a 1986.

² La política aludida se puso en marcha por medio de la real provisión de 2 de mayo de 1766 dictada para Extremadura, al año siguiente, sendas provisiones de 12 de junio (la única citada por Ortega) y 29 de noviembre extendieron las disposiciones de aquélla a Andalucía y a La Mancha primeramente, y más tarde a todo el reino. Por fin, la real provisión de 11 de abril de 1768 declaraba vigentes a estas últimas, matizándolas y completándolas (FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El marco político de la desamortización en España*, Ed Ariel, 2ª ed, Barcelona, 1972, pp 32-33)

—no modificó las relaciones de propiedad y explotación de la tierra—» (p. 211) De hecho, la tasa sería restablecida, primero parcialmente en diversas zonas del territorio, y más tarde, a partir de 1802, en su totalidad.

En el capítulo con el que se inicia la segunda parte, la autora aborda la cuestión de las fuerzas sociales y políticas que actuaron en el seno del Expediente y, en segundo lugar, trata mucho más detenidamente acerca de su desarrollo, es decir, sobre las diversas fases por las que atravesó. En este último sentido, se dieron en su opinión, muy en síntesis, los siguientes pasos: 1) Al menos en el terreno normativo, el proceso se inició mediante una real orden de 7 de abril de 1766 en la que se ordenaba recoger informaciones varias respecto a la situación del campo pensando en su reforma. 2) En el Consejo, uno de sus miembros, Pedro Manuel Saenz de Pedroso, en el que concurría la condición de Procurador General del Reino —oficio del que, por cierto, Ortega apenas nos dice nada—, se dedicó a recoger y ordenar la información que iba llegando al organismo (aproximadamente las dos terceras partes de la documentación eran peticiones de campesinos que, enviadas directamente al monarca, eran vistas en la Sala de Gobierno, dentro de aquella hubo, no obstante, algunos pleitos de índole agraria que, después de recorrer las diversas instancias judiciales, acabaron en la Sala de Justicia). Esta labor de acarreo duró cerca de veinte años, los últimos papeles recogidos son de 1784. 3) La documentación acopiada hasta 1777 fue enviada en esa fecha por el Consejo a la Sociedad Económica Matritense para que la estudiara y, sobre esa base, informara acerca de la elaboración de una Ley Agraria. 4) Prácticamente culminada la fase de recogida documental, el Consejo, parece ser que a iniciativa de Campomanes, ordenó que se imprimiera un resumen de la misma —el conocido *Memorial Ajustado* publicado en 1784— para facilitar su manejo y análisis por la mencionada Sociedad. 5) Finalmente, tras diversas vicisitudes, el famoso y esperado informe de la Matritense, elaborado por Jovellanos, se publicó en 1795.

Por lo que se refiere al primero de los temas planteados, los motores del Expediente —del que, por cierto, permanecieron por completo ausentes los territorios de la antigua Corona de Aragón— fueron tanto «los trabajadores del campo» como «la élite ilustrada» o «los sectores gubernamentales» (pp. 222-223). En cuanto a su orientación, se pretendió «encauzar, simplemente, el descontento campesino ante la inflación de los precios de las rentas y productos agrarios» (p. 221).

Ortega trata en el capítulo segundo si no de sistematizar el contenido de la documentación del Expediente, por lo menos de caracterizar sus piezas más relevantes. En este sentido, los informes de los intendentes de las provincias meseteñas versaron, en líneas generales, sobre los problemas derivados de la escasa y deficiente distribución de la tierra y, en segundo lugar, acerca de la inadecuación de formas de explotación y sistemas de cultivo, sin cuestionar para nada los fundamentos de la propiedad territorial feudal laica y criticando, si acaso, leve y solapadamente la amortización eclesial. En cuanto a sus colegas de Andalucía, sus informes —los de todas las provincias andaluzas más el de La Mancha— se produjeron como respuesta a una real orden de 18 de febrero de 1768 mediante la cual el Consejo les pedía opinión sobre diversas cuestiones problemáticas de las tierras del sur. Valga por todos ellos el más extenso y, al mismo tiempo, el más teórico y a la par concreto, el evacuado por Pablo de Olavide, que la autora

estudia de forma individualizada. Significativamente, el asistente de Sevilla era partidario de mantener los mayorazgos aunque se oponía a la fundación de otros nuevos. «La idea central en la que fundamentó todas sus proposiciones», escribe Ortega, fue «incrementar el excedente agrario, sobre todo el excedente cerealístico» (p. 264)

La intervención de los corregidores no alcanzó el grado de la de los intendentes destacando, no obstante, su actuación como jueces ordinarios en pleitos derivados de conflictos agrarios. Finalmente, el propio Saenz de Pedroso, al margen de su importante labor en la recopilación de la documentación e instando la elaboración de memorias por parte de diversos oficiales, realizó sus propios informes, en los que destaca su preocupación por el mantenimiento del orden social existente y por «intensificar y extender los cultivos agrarios y mejorar la producción cerealística» (p. 288).

El libro culmina con un breve capítulo dedicado a la legislación. Como es bien sabido, la normativa borbónica fue copiosa pero al mismo tiempo anárquica y casuística, y ello, como escribe la autora con acierto, porque «se continuó legislando sin definir los principios generales de la sociedad y conservando todo el cúmulo de particularismos y localismos que arrastraban las sociedades del Antiguo Régimen desde época medieval» (p. 295). Circunstancias que concurrieron todas ellas, claro está, en el tema que nos ha venido ocupando, donde se produjo un aluvión de normas, incumplidas en buena medida por la oposición de las oligarquías rurales que actuaban desde la ventajosa plataforma institucional de los concejos. En las páginas finales del capítulo, agrupadas en diversas temáticas, se nos ofrece un útil catálogo de las normas alusivas a la explotación de la tierra que se mencionan en el Expediente, y que abarcan los reinados de Fernando VI, Carlos III y Carlos IV. Es una pena que la autora, en su ya inveterado menosprecio por el asunto, mencione impropriadamente como «leyes» a todas y cada una de ellas.

Para finalizar, unas observaciones a aspectos formales, pero en modo alguno irrelevantes. Hubiera sido de desear que la autora fuera más cuidadosa al tratar las fuentes jurídicas —hay citas erróneas, y también incompletas y defectuosas, de la Novísima Recopilación (vid pp. 57, 61 y 149)— y en la confección material de la relación bibliográfica. El mismo cuidado habría que pedirle al editor ya que, al igual que en otros libros de la misma colección, menudean las erratas.

JAVIER INFANTE MIGUEL-MOTTA
Universidad de Salamanca

PIÑA HOMS, Román: *Le creación del Derecho en el reino de Mallorca*, Palma de Mallorca, 1987, 209 págs.

A lo largo de la última década el profesor Román Piña ha dado a conocer una serie de estudios sobre el derecho histórico balear. Desde la que fue su tesis doctoral, *El Gran i General Consell*, aparecida en 1977, otras diversas monografías jalonan una sólida ejecutoria investigadora, cuyos hitos más significativos son los

trabajos sobre *Els reis de la Casa de Mallorca* y *La reincorporación de Menorca a la Corona Española*, la interpretación en paralelo de Alfonso el Sabio y Raimundo Lulio, y un convincente análisis de *El Consolat de Mar*. Tras el correspondiente concurso, Piña obtuvo por unanimidad en 1987 la cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de las Islas Baleares. A ese concurso, de cuyo Tribunal tuvo el honor de formar parte el autor de esta reseña, Piña presentó el trabajo de investigación que ahora ve la luz y que aquí se comenta.

La creación del Derecho en el reino de Mallorca consta de cinco partes, las conclusiones y el Apéndice documental, precedidos de una Introducción y seguidos de la relación bibliográfica. La primera parte explica la organización político-administrativa del reino de Mallorca, como marco para entender la naturaleza de las disposiciones de carácter territorial, comarcal y local. Punto de partida es la carta de población concedida por Jaime I en 1230, que configura la isla como un territorio más de la *Cataluña nueva*, y al municipio de Mallorca como otro cualquier catalán. Ahora bien, ese territorio insular incorporado, lo es con el título de reino, siguiendo, según el autor, el uso de calificar como tal el territorio que había tenido monarca propio en la etapa de los Taifas, y ello aunque se mantuviera luego la utilización sinonímica de los términos *regnum* y *terra*. Sobre ese reino se alza la superestructura de la Corona de Mallorca (1276-1343), que entre otras cosas da lugar a un alejamiento institucional de las islas respecto a la Cataluña continental, hasta la ulterior incorporación de Mallorca al Principado. La inasistencia en la práctica de los mallorquines a las Cortes catalanas propiciará el afianzamiento del *Gran i General Consell* como asamblea representativa, o que el *Consell de la Franquesa* actúe como tribunal autónomo. El conocimiento, acreditado por nuestro autor, de estas instituciones le permite ofrecer una interpretación de conjunto, donde cada pieza es resituada en la arquitectura general. En ella se clarifica también el esquema de la administración —encabezada por el *lloctinent* o gobernador— y el papel de los órganos legislativos, tanto del propio monarca como del gobernador en cuanto delegado suyo, así como de los consejos municipales. Estos últimos, a partir del privilegio de 1316, disfrutaron de un derecho de proposición de leyes y de controlar la legalidad de lo legislado por el gobernador. Pero esos poderes legislativos, ¿fueron efectivos y reales? Piña cree que no y los ve supeditados a la autorización del monarca o de su delegado. El privilegio de 1316, de otra parte, no se ocuparía del *Gran i General Consell*, pero una sentencia del año anterior determinó la presencia de los representantes de las villas en el *Consell* ciudadano, lo que hará posible la intervención de aquel organismo como asamblea representativa de la totalidad del reino.

La segunda parte está dedicada al análisis de los caracteres jurídicos de Mallorca desde la perspectiva de su integración en el normativismo de la Corona de Aragón. En este análisis, que parte de la contraposición entre el *normativismo historicista* que Lalinde atribuyó a los sistemas jurídicos periféricos, frente al *decisionismo trascendentalista* propio de la España central, Piña es deudor del profesor citado, y solidario, por tanto, de los méritos y reservas con que, en general, cabe juzgar ese tipo de interpretaciones empapadas de conceptualismo. En cualquier caso, bajo el techo de tal armazón ideológico, el esquema del autor es diáfano y bien pertrechado de argumentos. Destaca él tres caracteres. La exaltación

de la costumbre como base normativa, el concepto pactista de la ley, y la posición radicalista ante el Derecho Común. En lo relativo a la costumbre, Piña cree que la insuficiencia de la carta de población en cuestiones de derecho privado habría de ser precisamente remediada por ese derecho consuetudinario. Sus razones al respecto, que no procede reflejar aquí, resultan persuasivas. En cuanto al pactismo, el problema se presenta por la inexistencia de Cortes en las islas, pero el autor demuestra bien que ello no impidió la homologación de Mallorca con el pactismo catalano-aragonés, aunque algunas normas de menor rango, fuera de los *bons usos y franquetas*, escaparan a tal condición quedando a merced de quien las había dictado. Y en lo que atañe al *ius commune*, su influencia y peso habría que explicarlas en función de la homogeneidad de los repobladores, que evitará las pugnas que existieron en otros territorios de la Corona aragonesa. Por ello resulta lógico que ese *ius commune* aparezca, aunque de modo subsidiario, en el orden de prelación de fuentes establecido por Jaime II en 1299, cuya precocidad cronológica, respecto a lo que más tarde acontecerá en Cataluña, es explicada por Piña sobre esa homogeneidad étnica de gentes ya familiarizadas con el derecho común, pero también por otras tres razones. la inexistencia de un derecho precedente que hubiera podido actuar de valladar y freno, el talante burgués de la población que acogería bien un derecho que necesitaba, y la aspiración de la monarquía mallorquina de distanciarse del mundo catalán y de su derecho territorial. Hipótesis, en suma, sugestiva y razonablemente bien fundada

El orden de prelación de fuentes y su evolución encuentran cabida en la tercera parte del libro, Piña ordena esa evolución en cinco grandes periodos, que tienen como hitos tres fechas principales 1299, 1365 y 1439. Antes de la primera se da una etapa de consolidación del derecho consuetudinario, afirmado progresivamente a lo largo del siglo XIII. La larga media centuria tendida entre 1299 y 1365 tiene como signo la afirmación nacionalista. El tercer período (1365-1439) corresponde a la integración de Mallorca en el Principado catalán, aunque Piña supone que esa integración *de iure* no se llevó a la práctica, sin que repercutieran por tanto las Constituciones de Cataluña en una vida real donde el sistema de fuentes permaneció incólume. Hubo así una suerte de divorcio entre lo previsto en el capítulo de Sant Feliu de 1365, producto de motivaciones políticas, y la trama cotidiana donde aquello no interesaba. En 1439, finalmente, se cierra esa etapa que había hecho posible el desarrollo del derecho autóctono, y se abre la última de reposo y estabilidad. El punto de inflexión lo constituye el Privilegio de Gaeta, que sintomatiza la pretensión mallorquina de eludir la aplicación del derecho catalán. A este período postrero corresponde la creación de la Audiencia de Mallorca (1571), mediante una pragmática que al aludir a las fuentes del Derecho nada dice del *ius commune*, aunque su vigencia puede ser constatada en la práctica. La *Ordenació nova* de la Recopilación de Canet y Mesquida, pese a no haber obtenido reconocimiento oficial, reviste especial interés por situar al derecho canónico sobre el romano, así como por su silencio en lo referente al derecho de Cataluña. El Decreto de Nueva Planta de 1715 traerá consigo el derrumbamiento del ordenamiento jurídico público mallorquín, mantendrá aunque hibernados el derecho privado y el penal, y permitirá, en fin, con su irresolución acerca del Derecho Común, que una real cédula reconozca su vigencia dos décadas más tarde.

La cuarta parte examina por separado las fuentes del derecho insular: costumbre, derecho creado por vía oficial, recepción del Derecho Común, y papel —que Piña califica de *moderado*— de la jurisprudencia. La quinta y última se consagra en las fuentes jurídicas de Ibiza y Menorca. Las conclusiones, en fin, sintetizan lo antes desarrollado: el peculiarismo del reino de Mallorca en el marco global de la Corona de Aragón, la existencia de ordenamientos jurídicos diferenciados en las distintas islas y el preponderante papel del gobernador por la lejanía del monarca, los factores sociológicos de una población propicia a la recepción del Derecho Común y al pactismo político, la conexión de los caracteres jurídicos mallorquines con el *normativismo historicista*, antes citado, propio de la periferia, la función de cada una de las fuentes, y la naturaleza evolutiva o cambiante —y, en consecuencia, susceptible de periodificación— del ordenamiento en su conjunto.

Decíamos al principio que Román Piña había investigado ya distintas parcelas del derecho histórico de las Islas. Pero este libro de ahora, como toda interpretación de conjunto, constituye una empresa de mayor calado. *La creación del Derecho en el reino de Mallorca* resulta ser un libro de madurez, propio de quien conoce bien a fondo la compleja trama de instituciones y fuentes con sus interconexiones y variantes a lo largo del tiempo. La línea argumental aparece sustentada por un completo aparato bibliográfico, del que Piña hace uso con las cautelas y sentido crítico de quien domina el campo de trabajo. Hay así, respecto a lo que otros dijeron antes, asentimientos, divergencias o apertura de nuevas perspectivas, pero todo ello con el valor sobreañadido y fundamental del material de archivo, fruto de la investigación del autor, que luego queda ordenado en un rico Apéndice. El libro, en fin, resultará un punto de referencia insoslayable para quienes se adentren en el derecho histórico balear, terreno donde el brillante colega mallorquín ha acreditado su condición de primera autoridad.

JOSÉ ANTONIO ESCUDERO

Catedrático de la Universidad Complutense

PORTILLO, José María: *Los poderes locales en la formación del régimen foral. Guipúzcoa, 1812-1850*, Bilbao (Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco), 1987, 188 págs.

Se comienza donde tradicionalmente se prefería acabar. El último epígrafe de la historia de *La Provincia de Guipúzcoa* de Francisco Elías de Tejada se titulaba «El suicidio con la Constitución de Cádiz» por jurar —primera y última vez— las instituciones vascas una constitución española, por lo primero en su caso, por lo segundo en otros, ahí perecería Guipuzcoa. Mas lo mismo es aquí un nacimiento. Se contempla lo que la historia no sólo tradicionalista se ha empeñado en ignorar: su formación foral en el período constitucional. Nuevo lo uno y nuevo también lo otro.

Había una historia de incardinación de unas instituciones provinciales en un sistema nada constitucional, hay otra de constitucionalización interna en el co-

respondiente contexto. Materiales de una pasan a la otra, pero ya como de derribo, cimentándose otro edificio. Aunque se descuida el término de referencia de la estructura anterior, aquí precisamente se subraya dicha discontinuidad, para considerarse tal formación

No se descuidan en cambio los paréntesis no constitucionales, con su fruto. Es sobre todo en el período de 1824-1834, tras la experiencia del trienio que tampoco en este terreno había respondido a las expectativas despertadas por el texto gaditano, cuando las instituciones provinciales van realmente haciéndose con el gobierno de su territorio en doble pugna con el poder central y los locales. El mismo entramado foral de ayuntamientos y diputación es en esta época cuando se define, entrándose en el definitivo arranque constitucional en condiciones bien diversas a las de la primera quiebra de la monarquía tradicional

Pero lo que interesa es especialmente la transformación sufrida por los elementos de la foralidad a la luz, o más bien a la sombra, del sistema constitucional. Véase el manido caso del uso foral (pp 119-121), con su pase que aquí se aprecia de recurso menos significativo bajo la monarquía histórica a expresión de un contrapoder legislativo en el régimen constitucional, cuando por ley, además centralizada, comienza a crearse en rigor derecho. Su misma latencia operativa tras la teórica abolición de 1841 no deja de detectarse.

O véanse otros capítulos de vuelta y alteración de elementos forales por ofrecerle su juego el concreto constitucionalismo moderado. Así la misma memoria de competencias judiciales de instituciones locales, trasmutadas en forales, mantiene a raya la presión de una justicia administrativa logrando ahora el control en su ámbito de esta forma retenida de administración judicial (pp 156-177). El capítulo sustancialmente ya iba en el anticipo que se publicó en el número anterior de este *Anuario*

Allí podía también anticipadamente notarse el esfuerzo, que aquí prosigue, de encuadramiento histórico, en su marco europeo, y tratamiento sistemático, en su entidad institucional, del asunto foral, salido de su aislamiento. También siguen limitaciones, ya por secuencia diacrónica de la exposición, sin capítulos propiamente estructurales. El mismo autor es consciente del resultado «fragmentario» (pp 24, 30, 66, 70 ó 76). Hay además un problema de fuentes, por el mal estado para la época del archivo de Guipúzcoa (p 162). Se aprovecha también el de Vizcaya, adoptándose la perspectiva conjunta que ya requiere la propia conjunción buscada entonces por las instituciones vascas.

El objetivo se abre sin perder concentración, sumándose así en su apertura a la mirada todavía exterior del volumen de Mercedes Vázquez de Prada, *Negociaciones sobre los Fueros entre Vizcaya y el poder central, 1839-1877* (Biblioteca de Historia del Pueblo Vasco, 1984) o a la que al interior ya se asoma del artículo de Alfredo Herbosa, *Los intentos de adaptación de las instituciones forales vizcainas al Estado liberal, 1833-1870* (Revista Vasca de Administración Pública, 13, 1985). Para Alava no se cuenta todavía con nada equivalente, aunque parece que su «constitución», con extremos como el de la entrega del corregimiento a la diputación (p 103), revestía su particular interés. Para Guipúzcoa abrió perspectivas Pablo Fernández Albaladejo, director de este trabajo

Y las perspectivas notablemente con él se amplían. Ni de constitucionalistas ni de historiadores del derecho está viniendo el desvelamiento de esta fundación reprimidamente federal de un Estado español.

B CLAVERO

REYNOLDS, Susan: *Kingdoms and Communities in Western Europe, 900-1300*, Oxford, Clarendon Press, rep. 1986 (1.ª ed. 1984), ix + 387 págs.

Que se trate de una reimpresión y que partes del libro hubieran sido objeto de publicación de 1981 y 1983 no le restan nada de su novedad ni de su carácter unitario. Es misión de esta reseña demostrarlo.

La autora articula su exposición en torno a tres argumentos principales que explicita en las páginas introductorias. En primer lugar, es su objetivo hacer ver la enorme importancia en el medievo de la actividad colectiva, estudiando sus manifestaciones y los valores que la sustentan en la sociedad laica de los siglos X a XIII. El concepto de «comunidad» que utiliza es deliberadamente amplio: a grandes rasgos, todo grupo social en cuyo seno se lleven a cabo actividades no determinadas ni controladas por regulaciones formales, sino por ideas y valores compartidos profundamente enraizados en la colectividad y que determinan la cohesión entre sus miembros. En segundo lugar, es tesis que pretende demostrar la necesidad de dar más importancia de la hasta ahora concedida a las ideas políticas laicas como imprescindibles para la comprensión de la actividad colectiva medieval, no a las ideas políticas «académicas» expresadas en los tratados sobre la materia, sino a las de reyes, nobles, o simples integrantes de las colectividades, menos sistematizadas pero más hondamente vinculadas a la tradición y más operantes en la práctica. Y en tercer lugar, es hecho que intenta resaltar la identidad básica que en su organización social y política (y en sus manifestaciones colectivas) existe entre partes diferentes de Europa occidental, siendo menores las divergencias de lo que parece haberse generalmente pensado.

El libro no abarca todos los tipos posibles de colectividades, y éstas no se contemplan en todo el ámbito geográfico prometido, siendo la determinación temporal la única que del título estrictamente se respeta. No parece ésta, sin embargo, suficientemente justificada. De la obra de Susan Reynolds se desprende la uniformidad esencial de la realidad que estudia entre los años 900 y 1300, apuntándose aquí y allá la aparición de cambios quizá fundamentales en el curso del siglo XIV. ¿Por qué, entonces, no llegar a ellos? ¿Y por qué no intentar acercarse más al origen de esa realidad? La actividad colectiva es ya fenómeno reconocible a la altura del año 900, y hacia el 1300 no se han producido alteraciones sustanciales. Es evidente que parte de la historia falta, ofreciéndose sólo lo que quizá constituya su tramo central. *Western Europe*, por más que nos pese, resulta ser sólo Inglaterra, Francia, Alemania e Italia; ocasionalmente la integran también Sicilia, Escocia y Jerusalén, nunca Escandinavia, reinos eslavos y España. Haber

considerado los reinos hispánicos acaso hubiera enriquecido las páginas que se ocupan del espinoso problema de la representación del reino —como ocasionalmente se reconoce (p. 305)—, al tiempo que la utilización de ciertas historiografía española habría proporcionado tal vez argumentos para la continua negación de la virtualidad explicativa de las categorías feudales que recorre toda la exposición de la autora. Y en cuanto a *communities*: por razones obvias de extensión, y por tener el libro sólo el carácter de una primera aproximación exploratoria, se excluyen familia, linajes nobles, compañías mercantiles, peregrinos, judíos. «and no doubt communities of other sorts which I have not thought of» (p. 3). Es importante señalar que las estructuras sociales y económicas como tales quedan fuera de los intereses de Reynolds, y por tanto también la determinación económica de las actividades colectivas.

Conociendo ya lo que el libro deliberadamente niega al lector, sepamos qué le ofrece. Y ciertamente no es poco, pese al volumen de cuestiones excluidas. Algunos capítulos nos interesarán más que otros, y sólo a aquéllos prestaremos atención.

Los dos primeros (cap. I, «Collective activity in traditional law 900-1140», cap. II, «Legal change, 1140-1300») exhiben títulos especialmente atractivos y que no sugieren sorpresas. Situar un *legal change* en una fecha tan conocida para nosotros como la atribuida al *Decretum Gratiani* entra dentro de los cánones a los que estamos habituados. Lo que ocurre es que tal fecha se impugna como indicativa de ese supuesto cambio que así resulta no ser tal. La división de capítulos tiene aquí otro sentido: se trata de hacer ver qué caracteres tiene el derecho —punto de vista privilegiado para estudiar las actividades colectivas— entre los años que enmarcan el primer capítulo y cómo tales caracteres siguen en lo fundamental operando a partir de la segunda mitad del siglo XII hasta, al menos, iniciado el siglo XIV; con ello, las formulaciones políticas y jurídicas que surgen en estos últimos siglos han de estar necesaria y profundamente enraizadas en la realidad jurídica previa. La principal conclusión del capítulo I es que en el período considerado la práctica del derecho fomenta la actividad colectiva, sobre todo a través de dos vías que constituyen a su vez sendos epígrafes de dicho capítulo: «Collective judgement» (pp. 23-34), en el que se describe una suerte de procedimiento tipo altomedieval desarrollado en asambleas, se estudia la función de las pruebas, se constata la ausencia de una diferenciación sustancial entre arbitraje y juicio, y se arguye en contra de la consideración del procedimiento inquisitivo como intrínsecamente distinto, siendo sólo un medio más eficaz para lograr los mismos fines y más accesible a un presidente de asamblea con suficiente autoridad (por ejemplo, el Rey), y «Consultative legislation» (pp. 21-23), donde se recuerda la limitación que para los Reyes en su actividad de modificación del derecho supone la necesidad de consulta previa, definiéndose el gobierno medieval como «constitucional» —por tal razón, que implica que la figura del Rey no se sitúa por encima del derecho— y «representativo» —ya que no sólo el Rey representa a la comunidad del reino, sino que también son representantes aquéllos a quienes ha de consultar—. En estos siglos (X a XII) el derecho, de base consuetudinaria y de práctica enormemente flexible, dio a la población el hábito de discutir, acordar sus

voluntades y actuar en común para el mantenimiento de la paz, reforzando el sentido de comunidad y la capacidad de actuar colectivamente.

En el capítulo II, y sin perjuicio de lo que antes dijimos, algún cambio se produce. La autora no puede dejar de referirse a las transformaciones que acaecen en el ámbito político europeo: fortalecimiento del poder regio, aumento de delitos atribuidos a su jurisdicción, progresiva sustitución de asambleas judiciales por tribunales ordenados jerárquicamente, etc. Ello lleva consigo una pérdida de esa flexibilidad del derecho que se razonaba en el capítulo anterior —escrituración de costumbres y decisiones judiciales, incremento de la legislación, estudio «científico» del derecho—, pero básicamente no afecta, y he aquí la conclusión, a la actitud social con respecto al derecho y a la política. Argumentos tales como la persistencia de la costumbre como piedra angular del sistema jurídico, la continuada vigencia de los principios limitadores de la actividad legislativa del rey, la no desaparición —aunque sí reducción— de las asambleas judiciales, y la consideración de las nacientes ideas corporativas más como definición de los perfiles de una realidad ya antigua que como aparición de nuevos grupos sociales con una organización determinada, hacen que sea este capítulo el que más abiertamente refleja las intenciones revisoras que con el libro se pretenden. Es indudable que desde el punto de vista de Reynolds, el impulso que el *ius commune* otorgó a la vigencia y consolidación de principios tales como el tan conocido *quod omnes tangit* no supone ningún cambio trascendental en una conformación social en la que la actuación colectiva es principio básico desde al menos los albores del siglo X. La discusión de todas estas ideas requeriría mucho más espacio del que aquí puede utilizarse, sobre todo porque es innegable la solidez y coherencia de la exposición de Susan Reynolds. Alguna puntualización deslizaremos más adelante, conformándonos ahora tan sólo con la recomendación de la lectura atenta de sus páginas.

Tras estos dos capítulos iniciales, que ofrecen una perspectiva general desde el punto de vista del derecho, los siguientes analizan algunas de las comunidades definidas por la autora. El capítulo III, «Fraternities and guilds» (en realidad «fraternities or guilds», según su propio planteamiento), tiene por objeto toda una serie de colectividades de nominación problemática, a veces de ámbito urbano, a veces sin área territorial definida, integradas por personas entre las que no es necesario que existan lazos de igualdad de oficio, sexo u origen social, y de finalidades también variadas: mutua seguridad y protección, obras pías, etc. Los intereses o motivos económicos eran para estas confraternidades, hermandades o cofradías de importancia menor, y su especial cohesión podía hacerlas políticamente peligrosas, lo que determinaba en ocasiones su prohibición por parte de los titulares del poder político o su proscripción por la Iglesia. Los capítulos siguientes se ocupan de comunidades de base territorial (cap. IV, «The community of the parish», cap. V, «Villages and rural neighbourhoods», cap. VI, «Urban communities», cap. VII, «Provinces and Lordships», y cap. VIII, «The community of the realm»), siendo el sexto y el octavo los más interesantes, y constituyendo nota característica de los otros tres las especiales dificultades de definición de su ámbito.

«Urban communities». inevitablemente el capítulo ha de acercarse con insistencia al tema del renacimiento urbano que se produce en Europa desde media-

dos del siglo XII y que constituye un tópico historiográfico consolidado. No sorprenderá ya a los lectores de esta reseña que la autora lo discuta. Las ciudades no ganaron en los siglos XII y XIII nuevas libertades a causa de la aparición de nuevos movimientos asociativos o de la formulación y puesta en práctica de nuevas ideas políticas, sino que fueron las condiciones políticas y económicas emergentes en esos siglos las que provocaron que los profundamente enraizados valores y hábitos colectivos tradicionales confluyeran en la conformación de una serie de realidades institucionales sin precedentes inmediatos (señaladamente, el gobierno autónomo de las ciudades), lo que en modo alguno supone el nacimiento de un nuevo tipo de comunidades. El desarrollo urbano bajomedieval no ha de considerarse por tanto bajo el prisma del surgimiento de ninguna entidad anómala que venga a incrustarse en la Europa «feudal» (las comillas son de Reynolds) monárquica, señorial y de base agraria. Se trata simplemente de comunidades tradicionales especialmente fuertes, cuyas notas definitorias no pueden centrarse en criterios topográficos, políticos o demográficos, sino que más bien residen en el hecho de constituir la ciudad un entorno en el que se desarrollan actividades específicas: la mayoría de la población no se dedica —como sucede en villas o aldeas— a las labores de la tierra, sino a ocupaciones tales como el comercio, la manufactura o la administración, siendo por ello la comunidad percibida por sus integrantes como distinta. Cuestión de matices quizá, o de puntos de vista. Lo cierto es que a lo largo del largo capítulo dedicado a las ciudades (pp 155-218) aflora continuamente el empeño —expreso y deliberado, p 214— de la autora en resaltar la pervivencia de lo tradicional para inquietar la imagen que del fenómeno urbano en la Edad Media nos han dejado obras ya clásicas

«The community of the realm», también extenso capítulo, tiene el reino en su conjunto por objeto. En él, aparte de otras atractivas cuestiones, se aborda una de especialísima trascendencia dentro del marco institucional del medievo: «Regnal assemblies and representation», según reza el específico epígrafe del capítulo. El reino representa «the highest, most honourable, and most perfect of all secular communities» (p 250), y así era considerado por los contemporáneos, no tanto por los historiadores, según Reynolds, que tradicionalmente han valorado como más fuertes, más implantadas y más cohesionadas otras comunidades de menor entidad. La causa de esta visión equivocada, argumenta, reside precisamente en el enfoque defectuoso que se viene dando al problema de la representación, no habiéndose determinado con justeza ni su naturaleza ni sus objetivos, esta apreciación no parecerá descaminada, por cierto, a los asistentes a un reciente congreso sobre Cortes en Castilla en el que, transcurridas ya algunas sesiones, no se pudo dar respuesta satisfactoria a la nada inocente pregunta de qué eran realmente las cortes. En esa desorientación insiste Reynolds: los historiadores han hecho bien en rechazar el modelo historiográfico decimonónico sobre asambleas medievales, pero ello parece haber implicado, a juzgar por los resultados, que si aquéllas no responden a nuestros propios principios, no responden a ninguno. Tal esterilidad es consecuencia de la aceptación de tres presupuestos infundados. primero, que clases (sociales) diferentes siempre perciben sus intereses como diferentes, segundo, que no hay representación sin elección, y tercero, que la única asamblea que puede reflejar una solidaridad colectiva es la elegida por miembros de todas las cla-

ses. Tales ideas no pueden aplicarse a una época en la que los dirigentes de una comunidad la representaban por entero hubieran o no sido elegidos. Sería costoso intentar resumir la argumentación de la autora, pero de nuevo es uno de sus propósitos ahondar en las raíces del fenómeno, negando que las cortes o parlamentos medievales hayan sufrido variaciones sustanciales durante el período histórico estudiado. Las transformaciones que supone la admisión en estas asambleas de nuevos órdenes sociales, como la burguesía, desde el siglo XII no responden a nuevas ideas políticas, del mismo modo que la propia constitución de tales órganos es un fenómeno independiente de la existencia de vínculos feudales.

Algunas puntualizaciones ahora a la obra en su conjunto. Existe en primer lugar, ya ha sido apuntado, un rechazo continuo a la explicación de la sociedad medieval en términos feudales. En el libro no puede encontrarse ni siquiera un intento de justificación de esta actitud ni tampoco un apartado específicamente dedicado a ello. Para suplirlo, la autora remite directamente a los trabajos de E. A. R. Brown, pero no puede dejarse a veces de sospechar que los problemas procedan en realidad más de la propia problemática del término «feudal» que de la inadecuación a la realidad o incapacidad explicativa de su contenido. Hay alusiones significativas. «... feudal. in the sense that English historians use the word» (pp. 306-307); y posteriores aclaraciones insuficientes: «These assemblies were certainly not "feudal" in the sense that English historians use the word—that is, they were not composed only of those who held their land directly of the king» (p. 314). En segundo lugar, llama la atención también el tratamiento dado a la literatura jurídica de los siglos XII y XIII. Sostiene continuamente Reynolds que tal literatura «académica» influyó menos de lo que generalmente se cree en la configuración de las instituciones representativas y en las ideas políticas laicas en general. Da la impresión de que parte de la base de aceptar el prejuicio frecuente del supuesto alejamiento de la realidad en el que se sumían estos «academic lawyers and other learned writers» (p. 319). Hay que suscribir necesariamente alguna de las afirmaciones de la autora acerca del problema —p. 65. «There seem to be few specialist studies which discuss the relationship between academic law and law as it was practised in secular courts on the basis of any serious study of both the academic treatises and the records of secular courts. The two subjects are generally studied in isolation»— pero una ojeada al por otra parte muy rico índice de fuentes basta para comprobar que su trabajo no viene tampoco a solucionarlo. La obra de Reynolds adolece de un mejor conocimiento de esa literatura y de una más ajustada valoración de sus méritos a la luz de una bibliografía más solvente. Esta no le serviría como ejemplo de lo que «generalmente se cree», e iría seguramente más en la línea de su argumentación de lo que la autora parece generalmente creer. En tercer lugar, nunca llegan a aclararse suficientemente las relaciones existentes entre dos términos de frecuente uso en el libro: *custom* y *law*. A veces parece que la diferencia en el contenido de ambos conceptos no es sustancial (cap. I), habiendo sin embargo un epígrafe en el capítulo II donde el tema concretamente se trata («Custom and law», pp. 42-45). La indeterminación, en estos capítulos no demasiado importante, adquiere sin embargo carácter problemático en el capítulo VIII. Un derecho común es una de las bases fundamentales que implican la percepción del reino como unidad política («Its own law

was one of the oldest marks of a people», p. 258), quedando sin explicación suficiente la realidad de derechos distintos en un mismo reino, derechos a los que se alude como *local custom* (la frase reproducida entre paréntesis continúa: «... though the great variety of local custom meant that the unity of a people's law was always more conceptual than practical»), pero de nuevo la distinción queda sin sentido dos páginas más adelante (p. 260: «One of the most important political developments of the centuries after 900 was that in many areas the loyalties of kingship came to coincide with the solidarities of supposed common descent and law»; y líneas abajo: «peoples —that is, groups which felt themselves to be communities of custom and descent—»)

Leves puntualizaciones, con todo, para un libro que reclama expresamente la discusión y la polémica. Susan Reynolds nos regala con él un atractivo punto de vista capaz de iluminar determinadas realidades dejando inevitablemente en la oscuridad otras muchas. El lector habrá de esforzarse en encontrar y valorar la zonas grises.

JESUS VALLEJO
Universidad de Sevilla

RODRÍGUEZ-SAN PEDRO BEZARES, L. E.: *La Universidad Salmantina del Barroco, período 1598-1616*; 1: *El modelo barroco, gobierno y hacienda*; 2: *Régimen docente y atmósfera intelectual*; 3: *Aspectos sociales y apéndice documental* (Acta Salmanticensia. Historia de la Universidad 45; Salamanca, 1986), pp. 638, 859, 968.

El título general de la obra y el específico de cada uno de los tres volúmenes de que consta delimitan suficientemente el ámbito cronológico y temático de esta monografía. Trátase de la tesis doctoral defendida por su autor en el Departamento de Historia Moderna de la Universidad de Salamanca. Quizá convenga informar al lector de que se trata de una edición hecha a ciclostil y a doble espacio, por lo demás pulcramente presentada, con lo cual el abultado número de páginas quedaría reducido a un tercio de un libro de parecidas características a las de la presente revista.

La obra se abre con un hermoso prólogo del profesor Manuel Fernández Álvarez, que, como es sabido, no sólo fue el director de la presente tesis, sino de otras varias sobre la historia de la Universidad de Salamanca en la época moderna, que contienen interesantes aportaciones en un campo realmente necesitado de muchos esclarecimientos.

El autor nos ofrece la clásica rúbrica de *fuentes y bibliografía*, donde destaca la gran cantidad y calidad del material inédito tomado sobre todo del Archivo de la Universidad salmantina. Las fuentes impresas, que por cierto van entreveradas

con la bibliografía, son también abundantes y se distribuyen por orden temático con el fin de facilitar su más fácil manejo. La lectura de esta obra revela no sólo el uso de fuentes y bibliografía de carácter estrictamente universitario, sino también de otras obras que de alguna manera contribuyen a enmarcar el mundo de la Universidad del Barroco.

Como en los epígrafes de cada uno de los volúmenes bien se indica, en la primera parte se estudia la organización jerárquica y administrativa por un lado y la hacienda universitaria por otro. El primer apartado trata de esclarecer la interacción entre universidad y autoridades externas a la misma (la Iglesia y la Corona), legislación universitaria (constituciones, estatutos, privilegios), autoridades internas (rector, consiliarios, maestrescuela, primicerio, diputados, claustros plenos, conservadores), personal y oficiales universitarios (bedeles, oficiales de protocolo, letrados, secretario, otros oficiales). Sobre la hacienda universitaria se estudian los oficios con carácter económico (administrador, hacedor o mayordomo, síndico), arcas, cuentas generales y juntas especiales, cargos y otros ingresos, así como descargos (salarios y otros gastos). Entre otras cosas que agradecerán sin duda los usuarios de este libro, figuran las numerosas cuantificaciones y correlaciones que el autor realiza a través de cuadros, gráficos, estadísticas, etc. que permiten ver de modo intuitivo y sintético el denso, pero prolijo análisis de toda esta materia económica.

La segunda parte, que trata del régimen docente y atmósfera intelectual, investiga, en un orden descendente, las facultades, cátedras, dependencias universitarias, sistema pedagógico, tensiones disgregadoras o centrífugas, atmósfera intelectual y grados universitarios, con toda la dilatada gama de incidencias a que dan lugar estos temas en la legislación y en la vida universitaria.

La tercera parte está dedicada a aspectos sociales como la matrícula y grupos profesionales, grupos sociales y el profesorado facultad por facultad, población universitaria estudiantil y los problemas sociales inherentes a la misma, la vida cotidiana de los escolares (diversidad social, alojamiento, alimentación, costumbres, ambiente, viajes y transportes).

Un apéndice documental de 117 piezas, tomadas del Archivo de la Universidad de Salamanca, enriquece notablemente esta obra. En este largo centenar de piezas documentales, están representados los principales aspectos estudiados en los diferentes apartados de este libro.

Por la exposición que antecede, salta a la vista el interés e importancia del área cronológica y temática abordada en el presente libro. Aunque el tema no esté agotado, mucho es lo que se ha escrito sobre el siglo de Oro de la Universidad de Salamanca. Pero los estudios sobre la época del Barroco son más escasos, particularmente por cuanto se refiere al arco de tiempo escogido por el autor de la presente monografía. Por otra parte, se circunscriben a aspectos muy concretos, sin proponerse una historia global de la Universidad como la presente para la época a que se dedican. El estudio realizado es de calidad y, como queda indicado, estriba sobre la apoyatura de una documentación sólida, en buena parte inédita y no utilizada anteriormente. El lector cuenta con suficientes elementos de juicio como para poder asentir o disentir de las apreciaciones o interpretaciones del autor. Por otra parte la conclusión general de esta obra creo que es fácilmente com-

partible. Nos hallamos, según el autor, en una época en que se vive de las rentas del período anterior. Es acertado el símil, usado más de una vez en este libro, de que el Plateresco dio lugar su fachada de la Universidad de Salamanca, mientras que el Barroco no consiguió legarnos la suya.

En cuestiones de detalle es muy posible, y hasta normal, que algún lector pueda disentir sobre aspectos concretos. Habida cuenta de que la presente reseña va destinada a una revista de historia del derecho, valga como ejemplo, la presencia de algunas pequeñas inexactitudes relativas a la descripción y significado de las realidades jurídicas como los dos *Corpus iuris* (civil y canónico), autores y literatura jurídica, que se contienen en las pp. 627 y ss. del volumen segundo. Esto es fácilmente explicable por el grado elevado de especialización que requiere el tratamiento de cada uno de los saberes que se impartían en las universidades. Baste recordar que hoy día hay muy buenos historiadores especialistas en cada uno de estos saberes, situados dentro y fuera de las universidades, pero pocos o nadie es especialista cualificado en su conjunto.

La ambientación salmantina, castellana e incluso ibérica de los argumentos aquí tratados creo que es buena, al menos en sus líneas generales. No lo es tanto, en cambio, a escala europea, donde aparece menos puntualizada y no exenta de alguna inexactitud. Una vez más, nos hallamos ante un campo excesivamente amplio y difícilmente abarcable para un sólo especialista.

Una vez cumplido mi deber de informar al lector de los principales lados positivos de esta obra, y de sus posibles limitaciones, nada para mí tan grato como felicitar al autor por este espléndido libro, que los lectores (y el infrascrito el primero) agradecerán sin duda en lo mucho que se merece.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

SANTA CRUZ, Manuel de: *Apuntes y documentos para la historia del tradicionalismo español (1939-1966)*, tomo XIV, 1952, Madrid, 1986, 227 págs.

Cómo nuestro derecho ha llegado a ser lo que es, tal era según don Galo Sánchez la pregunta a la que intenta responder nuestra asignatura y no le afecta, por lo tanto, ese prurito histórico de aguardar a una cierta lejanía para enfrentarse más que con el pasado con la realidad viva reflejada en los textos. El autor, en una extensa obra que ahora alcanza el volumen decimocuarto es un continuador de la monumental *Historia del Carlismo* por don Melchor Ferrer, pero él ha preferido ser y llamarse recopilador, nombre que tiene una específica aceptación entre nosotros. Lo es, bien fiel, de los sucesivos documentos de la causa de derecho público planteada a partir de la sucesión de Fernando VII (1833), cuya resonancia militar y política no debe ocultar que se trata asimismo de una cuestión jurídica. El método adoptado cronológico obliga a practicar algunas referencias interiores

y a remitir hacia volúmenes precedentes o que se esperan. No permite obtener una visión sistemática de los hechos y los argumentos que sobrepasan el límite de los años. Pero son los anales, forma especial de la crónica, un género que entraña su propia lucidez. Este año 1952 gira en torno a un acontecimiento central y decisivo, 31 de mayo en Barcelona, mientras se celebraba el Congreso Eucarístico Internacional. Allí y entonces don Francisco Javier de Borbón y Parma, designado regente en 1936 por don Alfonso Carlos, con la misión de proclamar por los cauces tradicionales, en Cortes, el sucesor legítimo, asumió la realeza de la corona de España, con dos reservas: dejar pendiente la promulgación de este acto y limitar su decisión a ser el rey de los carlistas. El acto, que ha sido banalizado por la historiografía liberal, lo aprecia en el terreno de los hechos el recopilador, quien consigna que la prensa de Franco silenció esta decisión, así como el inmediato destierro gubernativo del Príncipe, que ya había sido sujeto de esta acción durante la guerra civil. El acta del consejo de la Comunión Tradicionalista recoge la propuesta del mismo, la respuesta del rey y la carta de éste a su hijo Hugo Carlos, nombre que se incorporaría a su partida de bautismo en 1962 y el Registro Civil en 1963. La decisión de don Javier respondía a una extensa exposición y dictamen del Consejo Nacional de la Comunión, elevado al regente, y donde se contienen las razones políticas y jurídicas que la hacían conveniente y, según dicha opinión, necesaria. El capítulo segundo retrocede en el tiempo para presentar los antecedentes del acto en Barcelona: la convocatoria del consejo, el dictamen de la Junta Nacional, a consulta del jefe delegado, donde se detallan los argumentos sociológicos, legales y políticos de la aconsejada terminación de la regencia; firma este dictamen en 10 de diciembre de 1951 el catedrático Elías de Tejada Spínola (1917-1978), su contenido se trasvasa en lo esencial al dictamen del Consejo, que a su vez recibió un complemento particular por el consejero don Jaime de Carlos, que ahondaba en la doctrina del pacto y era una réplica a la posición favorable a prolongar la regencia. En el mismo sentido de la proclamación se habían producido sendos dictámenes de los carlistas de Guipúzcoa y La Rioja, y tres del autorizado don Melchor Ferrer Dalmau, relativos al derecho y deber de la Comunión Tradicionalista, la nacionalidad de los Príncipes (en el que rebatía el argumento contrario de ser un extranjero don Javier, igual que Carlos I, Felipe V, Amadeo de Saboya y casi todos los fundadores de dinastías y familias reinantes de Europa) y, por último, el deber de reinar, que al fin se impuso al regente. Este conjunto de textos arrojan luz sobre la convicción según la cual más que a una iniciativa individual del Príncipe se debió su decisión a un impulso del pueblo carlista y en concreto de los núcleos que habían mantenido la fidelidad a la causa, aunque el decreto de Alfonso Carlos por el que en julio de 1936 los carlistas se incorporaron al alzamiento nacional omitía cualquier referencia a la cuestión dinástica.

El aplazamiento de la proclamación y varios incidentes relacionados con la decisión del 31 de mayo son objeto del capítulo tercero. Mayor interés, aunque no propiamente jurídico, tiene el viaje por el País Vasco y Navarra, hasta Madrid, de la Princesa María Francisca, entre febrero y abril, redactado por su anfitrión el Marqués de Valde Espina, singular documento del sentimiento monárquico popular, determinante de aquel acto y modelo de viajes análogos en años sucesivos,

de otros hijos del Rey, y extendidos a todas las regiones. No olvidamos el dictamen del jurisconsulto de San Sebastián don Pablo Iturria, «Leyes por las que se rige la sucesión a la corona real de España» (pp. 78-88), desde el Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación, seguido del examen de las diversas pretensiones que de los mismos podían deducirse, entre las cuales emergía la de don Javier.

Calidad sustantiva tienen los documentos relacionados con la renovación de la doctrina social católica, en clara oposición a la que del mismo origen era simultáneamente puesta en práctica por el régimen de Franco, orientada la carlista en el sentido del gremialismo, el cooperativismo y la distribución de la propiedad. Otro capítulo llena la resuelta actitud de la Comunión Tradicionalista, y dentro de ella la Asociación de Estudiantes, que culminó en el asalto y destrucción de individuos destacados de ésta, de una capilla protestante en Sevilla (11 de marzo), hecho de significado jurídico y además simbólico contra la libertad religiosa, impulsada por el presidente de los E.E. U U. Truman, cuyo decreto de 12 de noviembre de 1945, curiosamente, no había sido publicado en el B.O.E., sino comunicado a los gobernadores civiles, típica táctica, y daba una interpretación extensiva al artículo 6.º del Fuero de los Españoles, reproducción del 11 de la Constitución de 1876, que a su tiempo había sido protestado por los obispos españoles. En este asunto la Comunión seguía una línea paralela a la del arzobispado de Sevilla cardenal Segura. El año comprende también el relevo en la Jefatura Delegada, de don Manuel Fal Conde a don José M.ª Valiente y la desaparición del Conde de Rodezno, tenido un tiempo como máximo representante de la Comunión y ministro de Justicia de Franco. Pero esta parte sobrepasa el interés jurídico que intentamos deslindar en esta obra, cuyo mérito principal (aun siendo muy apreciables las notas de opinión y testimonios personales que el autor coloca al margen y en general en notas a pie de página, frente a la práctica inversa de los historiadores) es la recopilación de los textos, esforzada tarea que merece ser estimulada, teniendo en cuenta que la empresa es puramente privada, con sacrificio del patrimonio familiar, como es propio de la causa popular a la que sirve, lejos del Estado.

R. GIBERT

SUÁREZ, Federico: *El proceso de la convocatoria a Cortes*, Pamplona, EUNSA, 1982, 528 págs.

Don Federico Suárez tuvo una activa participación en la II Semana de Historia del Derecho Español (1948), una de cuyas ponencias versaba sobre la edad contemporánea. A la sazón él preparaba un nuevo planteamiento respecto al siglo XIX, que formularía en un libro de 1950 sobre la crisis política del antiguo régimen. Después ha proseguido en su tarea individual y en la de una entusiasta y nutrida escuela el tratamiento de diversas cuestiones y momentos de aquel espacio histó-

rico acotado con firme decisión. Ahora nos entrega el resultado de una prolongada indagación acerca de un acontecimiento breve y decisivo: la convocatoria de las Cortes generales y extraordinarias, que vinieron a ser revolucionarias, de 1810, cuya obra principal pero no única fue la Constitución con rara exactitud llamada de Cádiz, porque tal es el ámbito local donde tuvo su origen un texto que aspiraba a compendiar la nación.

Esa convocatoria es un proceso en el que se reflejan todas las instituciones. Lo primero que se advierte es la vitalidad y la virtualidad de una que parecía muerta: las propias Cortes que el despotismo ministerial había borrado de la Recopilación, culpa que Martínez Marina arrojó sobre el inocente Reguera Valdelomar y el testimonio de Godoy puso a cargo de Caballero, autor también de otras inconveniencias. El autor ha revisado la bibliografía y acopiado nuevas fuentes y sometidas a pausada lectura, Fernando VII, recién llegado al trono por un golpe, estaba persuadido de que un factor de la constitución tradicional era la «nación española, reunida en Cortes». A ellas tocaba dar su consentimiento para un eventual cambio de dinastía. Ante la emergencia de la invasión francesa y el caso de que el Rey se viera privado de libertad, como vino a ocurrir, debían ser convocadas en lugar seguro. El decreto, firmado en Bayona el 5 de mayo, aunque perdido, no dejó de producir efecto. Supo del mismo la Junta Central, donde Jovellanos mantuvo que la nación debía ser llamada a Cortes, según la Constitución del reino. Calvo de Rozas se arrogó la idea de la convocatoria, quizá bajo la inspiración de Quintana, y a partir de entonces quedó planteada una profunda divergencia.

Quintana abrió el camino en la minuta para el decreto de 22 de mayo y el vizav manifiesto que le acompañó. Para él era preciso dar a España una buena Constitución. Fue la minuta discutida. Se marcaron en el seno de la Junta tres tendencias: Floridablanca, Jovellanos y Calvo de Rozas. Un simplificador diría: derecha, centro e izquierda. El decreto definitivo responde al pensamiento de Jovellanos: convocar las cortes tradicionales para que restablecieran la antigua constitución del reino, quebrantada por el reciente despotismo que remontaba a Felipe II. El mismo Jovellanos presidía la comisión que preparó los asuntos de que se iban a ocupar las Cortes, entre los cuales estaba asegurar la observancia de las leyes del reino y mejorar la legislación. Esta comisión promovió la Consulta al país, a la que respondieron tribunales, prelados, cabildos, universidades y particulares. Tardíamente Jovellanos declaró haber querido reservar el poder ejecutivo al Rey, pero sus dictámenes de 1808 y 1809 le revelan menos prudente y más dispuesto a las innovaciones, bajo la influencia de Lord Holland, según había observado Gaspar Gómez de la Serna, y de un oscuro Allen, como de la tertulia sevillana. Aunque su discurso de 1780 muestra un radicalismo original. Fue esta comisión, la que resolvió traer, junto a las ciudades con voto en cortes, diputados elegidos por los pueblos, o más exactamente, por la población.

Traza el autor una serie de semblanzas, que constituye una vistosa galería. Porque los textos colectivos tienen también autor, aunque resulte difícil identificar a cada uno en medio de las deliberaciones. Destacan en la comisión un José Pablo Valiente, que se negaría más adelante a firmar el proyecto de Constitución, por lo que tuvo que ponerse a salvo en un barco inglés. El navarro Dolarea, redactor

de una memoria sobre la constitución de su patria, que fue ciegamente desdeñada. Ranz de Romanillos era el mismo que había colaborado en la Constitución de Bayona. Se asombra don Federico de la facilidad con que este personaje saltaba de regímenes: él era un prototipo. La Instrucción formada por Jovellanos para la Junta de Legislación autorizaba a suprimir, como un atentado a la unidad de la monarquía, «las varias constituciones municipales y privilegiadas de algunos pueblos y provincias». Así se planteaba la cuestión que no hemos resuelto todavía. La Junta adoptó como máxima fundamental el hacer una Constitución única y uniforme, cesando desde ahora todos los fueros particulares de provincias y reinos

La Junta Central ha proseguido configurando la futura Constitución, por ejemplo, mediante la libertad de imprenta, mientras vacilaba en cuanto a la convocatoria. Hervían en su torno las juntas provinciales. La de Valencia opuso la dificultad de reunir las Cortes conocidas, cuando las juntas eran la nación y gran parte del territorio estaba ocupado por el enemigo. El Consejo reunido (de Castilla e Indias), denunciaba las consecuencias de no haberse observado, en medio de la guerra, simplemente la ley, que el mismo tenía a su cargo preservar. El vocal aragonés Francisco Palafox la impugnaba por haber quebrantado la «constitución del Estado», que era monárquica: «hemos despreciado los santos códigos».

Antes de disolverse, la Junta Central dictó su decreto de 29 de enero de 1810, convocando las Cortes «para dar firmeza y estabilidad a la constitución, claridad y perfección posibles a la legislación civil y criminal del reino y a los diferentes ramos de la administración pública». El decreto no fue formalmente publicado, aunque sí conocido. La Regencia, bajo la presión de la Junta local, ordenó unas precipitadas elecciones, sólo del tercer estado, en las que las suplencias tuvieron un papel exclusivo en la representación de las provincias ocupadas, especialmente el País Vasco y Cataluña. El examen de los poderes pasó de la real cámara a una comisión de diputados. La Regencia acordó su retirada, una vez que las Cortes eligieran su propio presidente. Todo tuvo lugar según la forma libre y confusa que temía Jovellanos. En efecto, las Cortes han declarado su soberanía, sin que en su celebración se advierta la menor continuidad con el antiguo régimen, en cuyo seno la convocatoria desencadenó fuerzas que agitan el país en nuestros días

R. GIBERT

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

BARTOL HERNÁNDEZ, José Antonio: *Oraciones consecutivas y consecivas en las Siete Partidas*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca (Acta Salmanticensia - Iussu Senatus Universitatis Edita - Studia Philologica Salmanticensia (Anejos. Textos y Ensayos, 16)), 1986, 247 págs. Presentación de Eugenio de Bustos.

Ante tal título puede pensarse que la utilidad del libro trasciende lo meramente lingüístico. Pueden incluso albergarse fundadas esperanzas de edición no por fragmentaria menos atractiva, de algunos textos procedentes de manuscritos diversos. Puede, en fin, esperarse alguna consideración de interés acerca de las particularidades del discurso jurídico, o quizá noticias que amplíen nuestros conocimientos sobre el mundo, ya abigarrado de detalles, del derecho alfonsino. Pero nada de esto se ofrece. La obra que nos ocupa es, para nosotros, desesperadamente fiel a su título, valor que esta vez recorta drásticamente sus posibles destinatarios. Los que efectivamente lo sean podrán enjuiciarla mejor.

He aquí sólo algunos datos. En cuanto a los manuscritos, el autor no los utiliza, a pesar de la esperanzadora afirmación en tal sentido del prologuista. Se citan, eso sí, como manuscritos, los fragmentos editados por la Real Academia de la Historia y Arias Bonet. En cuanto al discurso jurídico, alguna constatación aislada existe, pero sin desarrollo ulterior alguno. Sí hay afirmaciones potencialmente interesantes a la historia del derecho cuando el autor, esporádicamente, se refiere a la coincidencia de unas determinadas construcciones sintácticas con las características del lenguaje escrito del siglo XIII. Pero no son concluyentes: a veces esas coincidencias se dan, a veces no, o sólo en algunos lugares de Partidas, y quien lee puede legítimamente sorprenderse cuando alguna de estas consideraciones se hace sobre la base de la existencia o no de una coma en —la edición de— tal o cual pasaje.

Si un lector incauto, armado de las esperanzas que se señalaban al comienzo de esta nota, emprende, perdiéndolas, la lectura de la obra de Bartol Hernández, la finalizará provisto de otras armas, pues es escasa la consideración que el autor le otorga. Sistema heterogéneo de citas con referencias bibliográficas no uniformes, ausencia de cualquier introducción explicativa, cambio del orden original de partes sin las adaptaciones correspondientes, inexistencia de índices a excepción del de materias. Tales carencias acaso el trabajo original no las tuviera; el lector del impreso no las merece.

JESÚS VALLEJO
Universidad de Sevilla

BELLONI, A.: *Professori giuristi a Padova nel secolo XV* (Ius Commune. Sonderhefte 28; Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1986, 430 págs., 2 tablas.

Esta monografía expone de modo sistemático quiénes eran los profesores de las facultades jurídicas de la Universidad de Padua en el siglo xv, qué enseñaban y cuándo, así como la lista de los escritos que nos dejaron. La investigación se apoya no sólo en las fuentes editadas, sino también en un amplio acopio de material inédito. En un primer apartado, expone la regulación de la enseñanza jurídica en Padua: lecturas, horarios, enseñanza ordinaria y extraordinaria, lugares donde se enseñaba, cátedras que funcionaban por la mañana y las que funcionaban por la tarde. En una segunda parte recoge ordenadamente los datos que se conocen acerca de cada uno de los enseñantes. Por cierto que entre los numerosos profesores paduanos, que son mayormente de nacionalidad italiana, aparecen algunos pocos extranjeros. Entre estos últimos, hay tres ibéricos: Antonio de Burgos, Bernardo Gil y Jerónimo Beltrán de Ruiz, de los cuales sólo el primero es conocido por sus numerosos escritos, mientras que de los otros dos no poseemos más noticias que las que aquí se ofrecen. En el manuscrito 12 365, folios 115r-16v (siglo xv) de la Biblioteca Nacional de Madrid se conserva una repetición sobre el Cod. 2.3.4 de la que se dice que «Egidius Sanxi repetit istam legem». ignoro si se trata del mismo personaje o no. En otro lugar, sugiero otra posible identificación (cf. *Repertorio de Historia de las Ciencias Eclesiásticas en España* 5, Salamanca, 1976, p. 399). Creo que en la primera parte de este excelente estudio, se podía haber comparado la situación de las facultades jurídicas de Padua con las de otras universidades, lo cual permitiría al lector, entre otras cosas, percatarse de los elementos típicos de Padua y de cuáles eran usuales en alguna o en la mayoría de las universidades de la época. Sería curioso saber, por ejemplo, en qué coinciden y en qué difieren obras como la Giovanni Giacomo Can (*De modo studendi in iure*) con otras del mismo o parecido título que le preceden y le siguen, como la del profesor de Salamanca Juan Alfonso de Benavente, que escribió en 1453 una obra con el título de *Ars et doctrina studendi et docendi*, que fue publicada por el doctor Bernardo Alonso Rodríguez en Salamanca en 1972, en la colección *Bibliotheca Salmanticensis*. Los ejemplos podrían multiplicarse. En todo caso, estas posibles mejoras no empañan lo más mínimo los méritos de esta monografía, que también dejamos consignados.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

BERNARD, F.: *Der Bonner Rechtsgelehrte Ferdinand Walter (1794-1879) als Kanonist. Ein Beitrag zur Geschichte der Kirchenrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts* (Forschungen zur Kirchenrechtswissenschaft 1; Würzburg, Echter Verlag, 1986), 448 págs.

Ferdinand Walter fue profesor de la Universidad de Bonn desde 1821 hasta 1875. También fue miembro de la Cámara Nacional prusiana y ejerció otras actividades políticas. De confesión católica, luchó por la causa católica en la vida pública. Como político defendió la alianza del trono y el altar, al gusto del antiguo régimen. Entre sus obras, todavía parcialmente útiles hoy día, destacan su *Lehrbuch des Kirchenrechts aller christlichen Konfessionen*, cuya primera edición es de 1822, y en 1871 llegaba a la 14ª edición alemana. Se tradujo al francés, al italiano y al español, apareciendo en esta última lengua en diferentes versiones y ediciones. *Manual de derecho eclesiástico universal...* (Madrid, 1844) xxxii+572 págs. (traducido de la primera edición francesa de 1840); segunda edición española (París, 1845) xlvi+552 págs.; otra edición de la misma traducción (Madrid, 1871) en dos volúmenes de xxiii+178+209+332+78 págs.; *Manual del derecho eclesiástico de todas las confesiones cristianas...* ahora vertido del francés al castellano con adiciones relativas a la disciplina eclesiástica de España (Biblioteca de Jurisprudencia y Legislación; Madrid, 1845), 429 págs. También hay en castellano del mismo Ferdinand Walter: *Observaciones legales, históricas y críticas sobre el Concordato celebrado entre S. S. Benedicto XIV y el Rey Católico don Fernando VI, en 20 de febrero de 1753* (Madrid, 1847); *Historia del enjuiciamiento civil entre los romanos* (Madrid, 1847), 319 págs.

Otra obra importante suya es su *Naturrecht und Politik im Lichte der Gegenwart*, con dos ediciones, una de 1863 y otra de 1871 respectivamente. Ambas obras fueron impresas en Bonn. Otros numerosos escritos suyos y ediciones de textos pueden verse editados en el libro objeto de esta reseña (pp. 15-18). En la presente monografía se contiene un buen estudio sobre la biografía del canonista Ferdinand Walter, sobre su actuación y sobre su pensamiento. El estudio de las ideas de Walter es la parte más extensa e interesante del presente libro. Destacan, sobre todo, su concepto de la Iglesia, su desarrollo de la teoría de los tres poderes, su concepción de la infalibilidad pontificia, de las relaciones Iglesia-Estado, del celibato eclesiástico, del uso de las lenguas vernáculas en la liturgia, de la indisolubilidad del matrimonio. Es un buen testigo y representante de la canonística del siglo XIX, en el área alemana, donde, como es sabido, se mantuvo a más altura que en el mundo latino. Ferdinand Walter merecía y necesitaba una buena monografía como es la que aquí se le dedica.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

COL. LEGI DE BARCELONA. *Estudis Historic i documents dels arxius de protocols*, vol. X, Barcelona, 1982, 308 págs.

La última entrega de esta acreditada publicación de los notarios barceloneses, nos ofrece un conjunto de trabajos eruditos de distinta índole, relacionados más o menos próximamente con la temática del Anuario. Encabeza el volumen el de J. Fernández Viladrich, *Notas en torno a las Asambleas Condales en la Cataluña de la Alta Edad Media* (pp. 7-88). Esbozo de un estudio sobre la aparición y desarrollo de la curia o corte de los Condes catalanes y su transformación en la curia regia catalano-aragonesa. Señala su clara distinción entre un tipo de reuniones ordinarias y otro de extraordinarias, su fundamento jurídico en el deber feudal de concejo de los vasallos llamados a la curia, su mera naturaleza asesora, en modo alguno vinculante de las determinaciones del príncipe —bien que no dejara de constituir una cierta limitación fáctica a su poder y presenta finalmente sus áreas de competencia, en las que distingue, a su vez, una doble funcionalidad: de consejo consultivo en el orden político, y de supremo tribunal de justicia, aspecto este último que deja al margen, para ulterior desarrollo. Sigue el artículo de P. Ostos Salcedo, *Libro Notarial de Sant Pere de Salàs* (pp. 89-105), en el que nos da una descripción técnicamente precisa de un manual de la notaría parroquial de San Pedro de Salas (Pallars, Cataluña) de 1372, procedente del Archivo Ducal de Medinaceli, Sevilla) así en su aspecto externo, como en el de su contenido (229 documentos la mitad de ellos, deudora). En Apéndice se publican cuatro documentos del mismo, tres de ellos de nombramiento de notario, y el cuarto un curioso contrato de *societas* entre varios particulares para la explotación de la herrería de la localidad de Salàs. El tema de la esclavitud es objeto de dos trabajos en este volumen. Uno de ellos de Nenad Fejic *Notes sur la traite des esclaves de Bosnie a Barcelona au Moyen Age* (pp. 107-126) recoge unas someras informaciones sobre el tráfico de esclavos procedentes de Bosnia, en la ciudad de Barcelona a principios del siglo xv, basadas en una serie de 40 protocolos del Archivo Notarial de esta ciudad, con ligeras referencias a una documentación coetánea de Ragusa. Con la ayuda de unas tablas anejas se nos pone de relieve la intensidad de este tráfico, el precio de venta de los esclavos, su edad, y estado de salud, y la condición generalmente mercadera, de sus compradores. El otro de J. L. Fos i Martí, *Negres i esclaus a Sueca en la segona meitat del segle XVI* (pp. 147-161) presenta unos rápidos trazos sobre el cuadro sociológico de la villa valenciana de Sueca durante el siglo xvi, basado a su vez, en la documentación notarial de la misma, y en el que se identifican varias familias de negros, libertos unos, y enraizados en la vida común del pueblo, y esclavos otros objeto de compra venta por habitantes acaudalados de la localidad. El trabajo de A. Jorda i Fernández, *Els ingressos fiscals de la Generalitat de Catalunya a la segona meitat del segle XVII* (pp. 165-203) nos reconduce hacia el desarrollo de la actividad financiera del órgano supremo del gobierno del Principado en el período comprendido entre 1662 y 1695, sobre la base de la documentación del mismo en el Archivo de la Corona de Aragón. Con gran precisión se señala la curva ondulante de los ingresos fiscales del General de este período, principalmente de sus dos fuentes más importantes. el «dret de la bolla» sobre la elaboración de tejidos, y el de «entradas i eixides» de productos, una es-

pecie de aduanas, y asimismo la marcha del sistema recaudatorio, con sus arrendatarios y los fiadores de estos, apuntando algunos datos sobre la procedencia social y geográfica de los mismos. Otros trabajos inciden en la temática económica y social de las tierras compostelanas en los siglos de la Edad Moderna, con notorio aprovechamiento del archivo universitario y notarial de Santiago. En el de J. E. Gelabert González, *El funcionamiento de un mercado pañero provincial: Santiago de Compostela en el siglo XVI* (pp. 127-143), se desentrañan los circuitos de distribución de los textiles de procedencia castellana y europea en el marco especial de la ciudad de Santiago y su zona de influencia gallega, en el quinientos. La cortedad de producción autóctona condujo a que una potente corporación de mercaderes, canalizara estas producciones foráneas llegadas a Galicia, en gran parte a través del centro de contratación de las ferias de Medina del Campo, amén del comercio de los mercaderes vascos. En el titulado *Grupos sociales y alianzas matrimoniales en la comarca compostelana en los siglos XVII y XVIII* debido a M. C. Burgo López (pp. 205-234) se realiza un análisis de la sociedad gallega, así la rural como la urbana (artesanado, burguesía letrada y mercantil, hidalguía), partiendo del estudio de las alianzas matrimoniales, en dos décadas distintas (1640-1649 y 1750-1759), basado esencialmente en la utilización de los contratos dotales o matrimoniales, con ponderación cuantitativa de los bienes propios y de los aportados, como reflejo de la estratificación social. Señalemos también, el trabajo de A. Zabala Uriarte, *Acercas de la flota comercial del Cantábrico en el siglo XVIII* (pp. 235-280), exposición muy prolija sobre la formación de la misma (construcción naval o compra al extranjero), su proteccionismo (prohibición de ventas al exterior) su control, mediante las patentes de matrículas, etc. Un aspecto concreto del tráfico naval viene recogido en el artículo de J. M. Fradera, *La simulació de mercants catalans sota bandera estrangera (1824-1828)* (pp. 285-308) donde se estudia el movimiento de sustitución del pabellón español por otras banderas, autorizado por la R.O. de 29 de septiembre de 1824, como medio de reducir los peligros de la navegación transatlántica ante el riesgo del corsarismo de patente de países insurgentes (Colombia, Buenos Aires) y de Argelia, y poder mantener en consecuencia las relaciones comerciales con América, línea básica para el buen funcionamiento del sistema comercial catalán. El trabajo se acompaña de ocho ilustrativos apéndices documentales, en buena parte tomados del archivo notarial barcelonés. Finalmente E. Moreu-Rey, en *Una delació a la Inquisició en 1754* (pp. 281-284), presenta y publica un curioso documento catalán conservado fragmentariamente en el que se contenía la delación formulada por una mujer al Comisario de la Inquisición en Sant Feliu Sasserra (diócesis de Vic), contra 18 personas acusadas de ofensas graves a símbolos religiosos y de prácticas hechiceras, testimonio de unos estados de espíritu colectivos pretéritos, pero aún latentes en mentes débiles o primitivas.

J. M.^a F. R

CUENCA, J. M.: *Sociología del episcopado español e Hispanoamericano, 1789-1985* (Madrid, Ediciones Pegaso, 1986) xvi-616 págs.

El profesor José Manuel Cuenca Toribio es uno de los más destacados especialistas de la historia de la Iglesia en la España contemporánea, a cuyo argumento ha dedicado numerosos libros y artículos. El presente libro es una segunda edición, considerablemente aumentada de su otro libro *Sociología de una élite de poder de España e Hispanoamérica contemporáneas: la jerarquía eclesiástica, 1789-1965* (Córdoba, 1976). En el libro que aquí reseñamos se propone realizar un análisis sociológico de cerca de un millar de obispos que en estas páginas van a estudiarse como símbolo y realidad de la influencia social que el catolicismo ha tenido y tiene en España (p. XIV). Para abordar tan amplia y compleja temática, el autor distingue cuatro grandes franjas en la dilatada área cronológica de su estudio: el antiguo régimen (1789-1846), el pontificado de Pío IX (1846-1878), de la Monarquía de Sagunto a la República (1878-1939) y el franquismo y la democracia (1939-1985). El primero de estos cuatro períodos se desarrolla en dos capítulos. *factores base* (demografía, duración de los pontificados de los obispos, renunciaciones, extracción regional, origen social, centros de formación, grados, una cultura entre dos fuegos, planteles de extracción del episcopado, la cúspide jerárquica de arzobispos y cardenales) y *el arbitraje de los mecanimos selectivos* (la política, la acción de algunas individualidades, elementos institucionales, grupos de presión nobiliarios y eclesiásticos, supremacía del estado y nomadismo episcopal, realidad novelística e historia). Este esquema, con las variantes que cada época requiere, se repite en los otros tres períodos.

Nadie mejor preparado que el profesor Cuenca Toribio para un estudio de esta índole. La historiografía tradicional hizo caso omiso de algo tan importante como son todos los elementos y coordenadas sociológicas que aquí se estudian. Es obvio que la realidad sociológica no agota la realidad histórica, pero también es cierto lo contrario. De ahí que los resultados aquí obtenidos sin duda serán tenidos en cuenta por los historiadores, ya sea para incorporarlos a su tratamiento en lo que tengan de definitivos ya para discutirlos y enriquecerlos en lo que tengan de provisionales. Cuanto decimos aquí de la utilidad de este libro para los historiadores, habría que subrayarlo todavía más en relación con los canonistas y hombres de Iglesia.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

CUTTER, Charles, R.: *The protector de indios in colonial New Mexico, 1659-1821*, University of New Mexico Press. Albuquerque, 1986, xii + 129 págs.

Sobre la base de una seleccionada documentación, procedente de los archivos interesantes al caso —de los gobiernos eclesiástico y civil de la provincia de Nuevo México, la audiencia de Guadalajara, el virreinato de Nueva España y los ge-

nerales de Indias y Nacional en España— el profesor Cutter, que estudia la práctica jurídica en los territorios septentrionales de la colonización española, presenta un meritorio estudio sobre la institución del protector de indios.

Apoyado también en la floreciente historiografía de los últimos veinte años sobre las provincias fronterizas de Nueva España y animado por el reverdecir de los estudios institucionales sobre el gobierno del virreinato, bajo el indiscutible protagonismo de Woodrow Borah, el libro realiza un sugestivo recorrido sobre la asimilación de la población indígena a los métodos judiciales hispánicos, en los que ocupa un lugar central la figura del protector.

Tras un somero análisis de su evolución en el siglo XVI indiano, pasa a ocuparse de su historia en la temprana colonización de Nuevo México al hilo de la «guerra a fuego y a sangre», tan minuciosamente relatada por Philip W. Powell. Recalca el autor, de un lado, las peculiaridades de su compleja implantación de un territorio periférico, en el que los titulares del oficio no eran juristas, ni comúnmente españoles en sentido racial, se acumula el cargo en militares o gobernantes civiles y desarrollan una función conforme a su leal saber y entender en materias ligadas fundamentalmente a la representación en juicios criminales y en las disputas sobre la tierra.

Aunque Cutter señala que, desde el principio, se extiende el derecho de los indígenas a usar de las instituciones coloniales, a lo que sirven como intermediario los protectores, el siglo XVII en el territorio representa un período de relativa inaccesibilidad a causa de las condiciones desfavorables para los naturales, que culminan con la aparatosa revuelta de 1680.

En el siglo XVIII representa una apertura hacia los procedimientos, a pesar de que desde 1717 el oficio estuvo vacante. Esta circunstancia hace que sus atribuciones sean ejercidas por otras autoridades, encargadas de canalizar la protección colonial solicitada por los nativos sedentarios, mientras los nómadas seguían de espaldas a los ideales hispánicos. La interferencia de facultades de su entramado institucional hace que ahora aparezcan como sustitutos los gobernantes civiles y sus tenientes, los jueces locales, los visitantes, los procuradores y defensores, los jueces de residencia y los misioneros.

Destaca que, junto a la asimilación de pautas de gobierno por medio de los protectores, que sirven para contribuir a la aculturación y hacer efectiva la integridad, sobre todo relativa al uso de la tierra frente a terceros, los indígenas siguen utilizando sus costumbres y métodos de convivencia en las relaciones internas de sus naciones o pueblos.

Los cambios del siglo XIX hasta su extinción completan un trabajo de amena lectura, que sin duda el autor completará con sus investigaciones sobre otros temas ligados con la colonización jurídica de las regiones hoy pertenecientes a los Estados Unidos de América.

FERNANDO MURO ROMERO

DANYOT-DOLIVET, J.: *Precis d'histoire du droit canonique. Fondement et evolution* (Utrumque ius: Collectio Pontificiae Universitatis Lateranensis 10; Roma, Libreria Editrice della Pontificia Università Lateranense, 1984), 194 págs.

En menos de 200 páginas, se intenta en este libro realizar el noble propósito de ofrecer a los lectores un manual de historia de las instituciones de derecho canónico, desde el comienzo de la Iglesia hasta 1965. La historia de la ciencia canónica y de las fuentes se excluye, en principio, aunque después se hable de algunas de las colecciones más importantes como las colecciones del *Corpus iuris canonici*. La síntesis, que este libro ofrece, mucho me temo que resultará demasiado genérica para todo tipo de lectores. Piénsese, por ejemplo, que en 40 páginas se despacha el derecho canónico de la Iglesia desde 1545 a 1965. A lo largo de estas pocas páginas desfila ante el lector, a gran velocidad, toda una serie de temas, cuya conexión, sentido y razón de ser no resultan perceptibles para quien no conozca previamente esta materia. Por otra parte, no se le facilita al lector la ulterior consulta de cualquier tema, ya que la bibliografía que se da al comienzo es genérica y de todo punto insuficiente, e incluso mal seleccionada. No creo que merezca la pena entrar a discutir apreciaciones concretas, porque se reducen a menos enunciados sin el mínimo suficiente de desarrollo. El autor está en lo cierto al pensar que hace falta un manual divulgativo de esta especialidad para el gran público. Pero no parece que sea éste precisamente el manual que necesitamos.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

DE LUCA, Nicoletta: *Anima est plus quam corpus*, Milán, Giuffrè Editore, 1984, XII+163 págs.

Lástima de título y de la introducción y parte del índice que parecían prometer estamos ante una de las posibles claves del *utrumque ius* histórico (desde, por ejemplo, un capítulo de personas en el que el alma no representa exactamente un principio de individuación hasta, también *verbi gratia*, otro de delitos en el que la vida no resulta entonces un bien precisamente protegido), pero el estudio en sustancia se reduce a una consideración más convencional de la disciplina canónica de las disposiciones sucesorias *pro anima*. Ningún subtítulo, ni en portada ni en portadilla, lo advertía.

B. CLAVERO

DOLEZALEK, C. (con la colaboración de L. Mayali): *Repertorium manuscriptorum veterum Codicis Iustiniani* (Ius Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte. Sonderhefte. Texte und Monographien. Repertorien zur Frühzeit der gelehrten Rechte 23; Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1985), XII+1090 págs., 3 microfichas.

El Instituto Max Planck de Francfort inicia, con esta publicación, la serie «Repertorios del temprano derecho culto», cuyos volúmenes forman parte de la colección de cuadernos anejos a la revista *Ius Commune*. De las sucesivas entregas de la revista y de los cuadernos nos hemos hecho eco varias veces en la sección de reseñas de la R.E.D.C. La nueva serie de Repertorios se ocupa de la literatura de los glosadores con anterioridad a la Glosa Ordinaria de Accursio al *Corpus iuris civilis*.

En este primer volumen, que se presenta subdividido en dos tomos, se describe algo tan importante como son los códigos hoy conocidos, y en buena parte descubiertos por el autor de esta obra, del Código de Justiniano, con glosas o apparatus glossarum anteriores a Accursio. Dichos códigos alcanzan la cifra de casi 250. Los principales méritos de esta investigación radican en la importancia intrínseca del material analizado y descrito, en la nueva metodología utilizada y en la globalidad del tratamiento. De su método y alcance da idea el simple enunciado de cada una de las partes de la obra, donde se describe: 1) La meta y método de este estudio; 2) Lugar que ocupa en el campo de la investigación; 3) Búsqueda de los *libri magistrorum* y reconstrucción de su contenido; 4) Modo de transmisión de las glosas; 5) Índice de manuscritos con glosas preaccursianas, con tabulación de los datos más salientes, 6) Análisis de dichos manuscritos; 7) Descripción por orden cronológico de los autores de las glosas; 8) Edición de pasajes selectos de dichas glosas a ciertos lugares del texto legal; 9) Idem de lecturas y comentarios a unos mismos lugares del texto legal; 10) Aplicaciones de los textos editados en el n. 8; 11) Consejos prácticos para el uso de estos materiales; 12) Índices del análisis de los manuscritos aludidos en el n 6: índices de poseedores, amanuenses, autores, obras, *incipit*, *explicit*, origen, cuadernillos, siglas. Acompañan a esta obra tres microfichas con estadísticas relativas a las glosas editadas hasta Azo, con 207 imágenes por microficha (un total de 621).

Esta obra no sólo incorpora los conocimientos que hasta ahora se tenían acerca del argumento sobre el que versa, sino que los enriquece enormemente y sistematiza los resultados. Es un instrumento necesario y cómodo para la investigación y estudio de toda clase de temas relacionados con esta literatura

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

DURÁN, J. G.: *Monumenta cathechetica hispanoamericana. Siglos XVI-XVIII*, 1 (Buenos Aires, Facultad de Teología de la Universidad Católica de Buenos Aires, 1984), 744 págs., 3 mapas, 39 reproducciones en blanco y negro y 12 en colores.

Con esta publicación comienza una serie de ediciones, precedidas de los correspondientes estudios, de las obras pastorales más características de la época hispana en Indias. Dichas obras son principalmente las *Doctrinas*, *Catecismos*, *Confesionarios* y *Sermonarios*. Como es sabido, muchos de estos textos circularon en varias lenguas aborígenes (náhuatl, quéchua, aymará, guaraní, etc.), aparte del castellano. Aquí se reedita sólo el texto castellano, cuya ortografía se moderniza. Se dan las explicaciones más necesarias en notas a pie de página. A cada pieza editada precede una introducción en la que se da la biografía de los correspondientes autores, junto con una descripción y valoración de la obra reeditada. No se da un aparato de fuentes del texto que aquí se reproduce.

Las obras que aquí se contienen son las siguientes: *Doctrina cristiana* de Fr. Pedro de Córdoba OP (Santo Domingo, 1510-1521, México, 1544); *Coloquio de los Doce Apóstoles Franciscanos* de Fr. Bernardino de Sahagún OFM (México, 1525-1526, 1564); tres escritos catequéticos de Fr. Alonso de Molina OFM: *Doctrina cristiana* (México, 1546), *Confesionario menor* (México, 1565) y *Confesionario mayor* (México, 1565); *Catecismo o Suma breve* de Fr. Dionisio de Sanctis OP (Cartagena de Indias, 1576); *Catecismo* de Fr. Juan de la Anunciación OSA (México, 1577); *Confesionarios* de Fr. Juan Bautista OFM (México, 1599)

No creo necesario ponderar el multiforme interés científico de estos textos aquí reeditados y convenientemente presentados y anotados, ya que son definitorios y en cierto modo constitutivos de la identidad y perfil humano y cristiano de los pueblos americanos de habla hispana.

Esta obra presenta unas características muy semejantes a otro libro del mismo autor titulado *El Catecismo del Concilio Provincial de Lima y sus complementos pastorales (1584-1585). Estudio preliminar. Textos. Notas* (Buenos Aires, 1982), que reseñé en la *Revista Española de Derecho Canónico* 41 (1985), 293-294. Ambas obras están llamadas a prestar un servicio duradero a los estudiosos, tanto por el valor de los textos editados como por las aportaciones del profesor Durán, contenidas en las introducciones y notas de estos volúmenes.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

FOWLER-MAGERL, L.: *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius. Begriff und Literaturgattung* (Ius Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte. Sonderhefte 19; Frankfurt a. Main, 198. Vittorio Klostermann, 1984), XII+341 págs.

El presente libro contiene una buena exposición de conjunto sobre el tema que en el título se anuncia: concepto, tradición manuscrita y editorial del género literario-jurídico conocido como *ordines iudiciorum* u *ordines iudiciarii*. La obra es-

tá dividida en tres apartados correspondientes a los tres aspectos anunciados. En el primero se analiza el concepto de esta literatura y las condiciones históricas que propiciaron su aparición y ulterior desarrollo. El segundo contiene un repertorio de la tradición manuscrita y demás circunstancias de lugar, autor, tiempo y tendencias o metas de cada una de las piezas descritas, comenzando por las que versan sobre todo el proceso, y siguiendo por las que se ocupan de aspectos parciales, como las fórmulas, *acciones* y *prescripciones*, *exceptiones*, pruebas, remedios, tribunales, *de primo et secundo decreto*. El tercer apartado contiene la edición de las siguientes piezas: «Duo sunt ordines», «...etiam testimonia removentur», «Iudicandi forman», «Hactenus magister», «Videndum est quid sit ordo», «Iudicium est trinus personarum trium actus».

Sobre cada uno de los temas indicados, la autora no sólo recoge los resultados de cuanto hasta ahora había aportado la investigación moderna, sino que la enriquece notablemente con el fruto de sus investigaciones personales. El contenido de esta monografía resulta fácilmente asequible no sólo a través de su buena sistemática, sino también por medio de unos oportunos índices de comienzos (*incipits*), terminaciones (*explicits*), lista de manuscritos citados y de personas, lugares y materias.

Las *ordines iudicariu* u *ordines iudiciorum* surgen en el siglo XII. Las reglas del derecho procesal se encontraban muy esparcidas en el derecho justiniano, por lo que los legistas realizaron, en dicha centuria, unos manuales llamados *ordines iudicarii* u *ordines iudiciorum*. En ellos se describe de modo ordenado y sistemático, o en forma de *suma* como entonces se decía, cada una de las partes del juicio, desde el principio hasta el fin. Otras veces, estas sumas versaban sobre alguna parte concreta, como queda indicado. A mediados del siglo XII aparece el Decreto de Graciano, obra que representa los comienzos de la canonística. Pero en el Decreto no había una normativa suficiente sobre los procesos, pese a que se dedican a ello las causas 2-6 de la segunda parte. Este vacío canonístico se suple a base de los *ordines iudicarii* de los legistas. Pero esta relación de superioridad del derecho procesal civilístico sobre el canonístico se invierte con los papas juristas Alejandro III e Inocencio III, quienes con sus decretales y cánones conciliares suministran importantes elementos para crear unos *ordines iudicarii* típicamente canónicos, tarea que asumen con garbo los canonistas, aunque sin llegar a ejercer un gran impacto en los civilistas. Los nacientes derechos nacionales se apoyan ampliamente en los *ordines iudicariu* romano-canónicos, elaborando incluso adaptaciones y traducciones en lengua vulgar, como ocurre, por ejemplo, en Castilla, con la *Margarita de los pleitos* de Fernando Martínez de Zamora, la *Summa de ordine iudicario* del mismo autor, las *Flores de derecho*, *Dotrinal* y *Suma de los nove tiempos* de los pleitos de Jacobo Giunta o Jacobo de las Leyes, la *Forma libellandi* de Juan Infante, etc., aparte de dos traducciones castellanas del *Libellus fugitivus* de Nepos Montealbano (Neveu de Montauban) localizadas por el infrascrito en sendos manuscritos donde se conservan. Esta proyección castellana de los *ordines iudicariu* acaba de ser objeto de una buena monografía por parte del Profesor Antonio Pérez Martín (Universidad de Murcia) en su publicación «El Ordo iudicarius "Ad summariam rei notitiam" y sus derivados», *Historia. Institu-*

ciones. *Documentos* 8 (1981) 195-266 y 9 (1982), 327-423, donde se contiene además una excelente visión de conjunto sobre toda esta literatura procesal romano-canónica medieval.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

GARCÍA Y GARCÍA, Antonio: *Iglesia, Sociedad y Derecho* (Bibliotheca Salmanticensis. Estudios, 74). Salamanca, Universidad Pontificia - Biblioteca de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad, 1985, 484 págs.

Además de haber editado varios libros y de dirigir tres colecciones de renombre internacional (*Repertorio de Historia de las ciencias eclesiásticas*, *Synodicum Hispanum* y *Sínodos Americanos*), A. García y García tiene publicados también un buen centenar de artículos científicos sobre historia del Derecho canónico medieval. Dieciséis de estos trabajos, más otros siete hasta ahora inéditos, integran este volumen que la Pontificia Universidad de Salamanca ha considerado oportuno incluir en la serie «Bibliotheca Salmanticensis». A nadie puede escapar que con esta iniciativa —que es de esperar se extienda a los restantes «disiecta membra»— se presta un servicio muy útil a los estudiosos, en cuanto que se facilita el uso de unas publicaciones que, por una parte, son imprescindibles, por estar realizadas a base de investigación de primera mano, y que, por otra parte, resultaban de difícil consulta por estar dispersas en las más variadas colecciones de diversos países, algunas de ellas de muy limitada difusión.

Desde el principio de sus investigaciones, hace más de un cuarto de siglo —período para él más intenso que extenso—, el profesor García persiguió con inflexible metodología una doble meta: relacionar el derecho canónico medieval —campo en el que mayormente se cimentó— con otros ordenamientos jurídicos, y detectar en qué medida los varios ordenamientos influyeron en la sociedad medieval, así eclesiástica como civil, y en sus múltiples instituciones. El lector advertirá que esta doble meta ha condicionado también la confección del presente volumen, comenzando por la formulación del título y siguiendo por la selección de los artículos y por la distribución de los mismos en cinco grupos o partes. Ello hace que nos encontremos gratamente, no ante un centón de materiales de acarreo meramente yuxtapuestos, sino en presencia de un organismo, cuyas partes se complementan y se exigen mutuamente.

En la primera parte se trata de estudios que versan sobre el derecho común medieval, a semejanza del cual se elaboran entonces los nacientes derechos de los reinos occidentales. En la segunda parte, intitulada «Canonistas y civilistas», merecen destacarse los trabajos consagrados a S. Raimundo de Peñafort, a Fernando Álvarez de Albornoz y a Clemente Sánchez («me parece que no podemos seguir llamando a nuestro personaje Clemente Sánchez de Vercial, como se ha hecho hasta ahora», p. 147) «La escuela de Salamanca» es objeto de la tercera parte, y bien pudiera serlo de un libro entero, integrando en él todo lo que el A. lleva escrito sobre el tema, aquí se incluyen estudios sobre canonistas y obras (el *Candelabrum*

Iuris, por ejemplo) de los siglos XIV-XV, y la descripción de una colección de decretales, que en adelante se llamará *Collectio Salmanticensis*, como la bautizó el A. al presentarla en público. En la cuarta parte, sobre «Derechos españoles», se recogen estudios preferentemente de codicografía relativos a las Siete Partidas, a la obra del jurista catalán Guillém de Vallseca, y a las anotaciones de A. Nebrija sobre las Pandectas. Y, por último, en la quinta parte, y bajo el título «Derecho canónico indiano», se reeditan dos artículos y se editan por primera vez otros tres, cuya problemática, sumamente importante en sí misma, está llamada a ocupar un puesto de actualidad en estos años conmemorativos del Medio Milenio del Descubrimiento. Fue una fortuna que un medievalista avezado como el A. se asomase también al Nuevo Mundo para descubrirnos con precisión las raíces del derecho que estuvo allí en vigor, que fueron raíces medievales; en este sentido, el segundo artículo, «Para una interpretación de los concilios y sínodos americanos», constituye una preciosa propedéutica; otros dos tratan de la ética de la conquista en el pensamiento español anterior a 1534, y de la promoción humana del indio en los concilios y sínodos americanos del siglo XVI; se completa esta parte con dos estudios inéditos: «Aportación franciscana a las fuentes del derecho canónico indiano» y «Orígenes franciscanos de praxis e instituciones indianas». Cierran el volumen tres series de índices: de manuscritos, onomástico y temático, y sistemático.

Los Editores colocaron una estrellita en el dorso de este volumen como para indicar que se trata de un «opus inceptum»; se necesitará, por lo menos, un volumen de cinco estrellas para dar por concluida la obra de recopilación de los estudios dispersos del A. hasta este momento; en la espera, y para ayudar a localizar los publicados hasta 1979, me permito remitir a mi *Biobibliografía de Antonio García y García* (Humanismo, Reforma y Teología, 7; Santiago de Compostela, 1979), 47 págs.

ISAAC VÁZQUEZ JANEIRO OFM

GAUSSIN, P. R.: *L'Europe des ordres et des congrégations des bénédictins aux mendiants (VI^e-XVI^e siècle)* (Saint-Etienne, CERCOM, 1984), 210 págs.

Pocas historias sectoriales han sido objeto de tantos estudios monográficos como la vida monástico-religiosa. Carecemos, sin embargo, de una visión de conjunto del rico y variado cuadro de esta realidad que tanto influjo ha tenido y tiene en la sociedad y en la Iglesia. En sólo 28 páginas (¡demasiado pocas!) el autor da una síntesis muy breve del enunciado de su libro, que está enriquecida por otra parte con varios complementos de gran utilidad práctica, como son: 1) Una lista de las actuales órdenes y congregaciones que perviven entre las fundadas del siglo III al XVI, con datos estadísticos, dirección postal de la casa principal y algunos otros datos; 2) repertorio de órdenes y congregaciones con los datos históricos más salientes y definatorios de las mismas; 3) índice de las órdenes y congregaciones y de sus reagrupaciones, 4) mapas y cuadros relativos a la difusión de cada una de las familias religiosas, y 5) bibliografía sumaria. Pese al carácter sin

duda excesivamente sumario de la síntesis que precede a estos cinco apartados, este librito resulta útil sobre todo por la información práctica que contiene. El autor es actualmente presidente del CERCOM (= Centre Européen de Recherches sur les Congrégations et Ordres Monastiques), que radica en St. Etienne (Francia), y que celebró en la primavera de 1985 su primer congreso para el área ibérica en la Colegiata de San Isidoro de León.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

GHISALBERTI, Carlo: *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Bari, Editori Laterza, 1985, XII + 300 págs.

Completa aquí Ghisalberti la historia iniciada con *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia* (1979), o parece ahora concluir un ciclo todavía más amplio, con entrada en la dimensión política de la misma codificación, que habría arrancado en 1974 con otro par de títulos que siguen reeditándose: *Dall'antico regime al 1848* y *Storia costituzionale d'Italia, 1848-1948*.

Todo el ciclo, y no sólo su parte política, procura integrar en la misma historia acontecimientos externos y asequibles de índole general y transformaciones propias y recónditas de materia especial, mas con tendencia al sacrificio de esta segunda vertiente, o más bien primera dado el caso. El punto en el que se sitúa también oscila sin acabar de definirse: no es en su conjunto ni manual de introducción ni tratado de información ni ensayo de reflexión ni trabajo de investigación. Algo de todo tiene, con sus dificultades e incertidumbres, con sus ventajas e inconvenientes.

B. CLAVERO

GLOSSARIUM MEDIAE LATINITATIS CATALONIAE, AB ANNO DCCC USQUE AD ANNUM MC. *Conditum ab M. Bassols de Climent. Confiendum curavit Johannes Bastardas*, vol. I (A-D), Barcinone, MCMLXXXV - XL 1.048 cols.

La conclusión del primer volumen de este meritorio Glosario, que ha ido apareciendo por fascículos, y cuyos cinco primeros fueran oportunamente reseñados en el *Anuario* (vols. XXXII, XXXIV y XL) nos da ocasión para ocuparnos ahora de los restantes sexto a noveno aparecidos sucesivamente en estos últimos años y que habían sido preteridos en esta Sección. Entretanto, el fallecimiento de su fundador, el profesor Bassols de Climent, ha puesto la dirección en manos de su más directo colaborador, el profesor Juan Bastardas, mientras se han ido renovando también los nombres de los restantes colaboradores. Con estos nueve fascículos, comprensivos de las letras A-D, se ha considerado formado, como decimos, el volumen primero del Glosario, provisto ahora, de un prefacio, una introducción, y

una completa bibliografía, explicativas de la historia de la obra, de sus objetivos y criterios metodológicos y de las fuentes que van suministrando la correspondiente información documental, así como de los estudios ilustrativos del trabajo.

Nada podemos añadir respecto las impresiones manifestadas en ocasión de la salida a luz de las anteriores entregas, como no sea constatar que se han ido afirmando y perfeccionando las pautas adoptadas en aquellas primeras, enriqueciendo su contenido por la utilización de un mayor número de fuentes, gracias a las nuevas ediciones de las mismas y que han ido madurando las apreciaciones semánticas e institucionales, dentro de los vocablos estudiados.

Séanos permitido señalar, tan sólo el interés para nuestra disciplina, del desarrollo de distintas voces. Así, en el fascículo 6, podemos fijarnos, por ejemplo en la *confratria*, el *consilium*, la *consuetudo* (con atinada distinción de sus significados de prestación, norma consuetudinaria y privilegio), el *consul* (expresión del título condal en algún caso), la *convenientia*, tan preñada de hondura jurídica, la *cucucia* (como adulterio de la mujer, como delito, y como parte de bienes sujetos a la satisfacción del mismo), la *curia* (en su variada y bien precisada matización de significados), etc. En el fascículo 7, el *dapifer*, la *decalvatio*, la *decania*, el *decipere* (como traición), la *defensio*, el *definimentum* y sus derivados, la *defunctio* (como derecho debido a la iglesia por la defunción de alguien), etc. En el 8, hallamos vocablos tan significadamente jurídicos como el *desamparare*, el *diffidamentum*, el *districtus*, la *dominatura*, el *dominium* y sus derivados, la *dos*. Y en el 9 y último, la *dotatio* (marital), el *dubitare* (legar en testamento, o encomendar a alguien el cumplimiento de lo dispuesto en el mismo), el *dux* (tratamiento honorífico de algún Conde de Barcelona), etc.

Sólo nos resta formular nuestro voto de que, prosiga sin interrupción este esfuerzo editorial tan bien concebido y realizado hasta el presente, plasmado tan ostensiblemente en este volumen I ya completo.

J. M.^a F. R

GOÑI GAZTAMBIDE, J.: *Historia de los obispos de Pamplona, siglo XVII 5-6* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra - Gobierno de Navarra - Departamento de Educación y Cultura - Institución Príncipe de Viana, 1987), 522 + 504 págs.

Los episcopologios, más o menos extensos y peor o mejor elaborados de cada una de las diócesis constituyen un género histórico-literario muy frecuente desde los ya lejanos días de la Edad Media. Según la época y el talante y talento de cada autor, su valor e interés puede oscilar desde la más completa inutilidad hasta constituir fuentes de información de valor excepcional. El episcopologio de Pamplona, elaborado por el doctor José Goñi Gaztambide es extraordinariamente útil por la cantidad y calidad de la información, científicamente bien elaborada, que suministra. El aspecto cuantitativo queda patente como lo evidencia el hecho de haber dedicado seis volúmenes a los obispos de Pamplona, para el lapso de tiempo que corre desde los comienzos hasta el siglo XVII. La calidad científica del que-

hacer histórico del doctor Goñi Gaztambide es bien conocida por sus numerosos libros y artículos sobre los más variados argumentos

Quince obispos hubo en Pamplona en el siglo xvii: Mateo de Burgos, Antonio de Venegas y Figueroa, Prudencio de Sandoval, Francisco de Mendoza y Ribera, Cristóbal de Lobera y Torres, José González Díez, Pedro Fernández Zorilla, Juan Queipo de Llano, Juan Piñeiro y Osorio (obispo electo), Francisco de Alarcón y Covarrubias, Diego de Tejada y Laguardia, Andrés Cirón, Pedro Roche, Juan Grande Santos de San Pedro, Toribio de Mier. Curiosamente, ninguno de estos obispos era navarro, mientras que en otros reinos se tendía a nombrar naturales de los mismos para el cargo de obispos. Durante el mismo lapso de tiempo, Navarra suministró al resto de España y a Indias cuatro arzobispos y nueve obispos. Las sedes episcopales del siglo xvii solían clasificarse en riquísimas, ricas, medianas y pobres. Navarra estaba en la segunda categoría, y tenía que aportar a las arcas reales la cuarta parte de las rentas. De los quince obispos antes mencionados, sólo cinco accedieron directamente, y tan sólo cuatro murieron en la diócesis. Todos ellos llegaron a Pamplona cuando ya habían entrado en la tercera edad, es decir entre los 52 y los 60, salvo en dos casos de 48 y 49. El tope superior de media de vida era entonces muy bajo, siendo pocas las personas que llegaban a los 52 años. Quince eran del clero secular y cuatro religiosos (dos franciscanos, un dominico y un benedictino). Estos últimos fueron tan buenos pastores como los primeros, y les superaron en desprendimiento de los bienes temporales, salvo tal vez el dominico. En cuanto al estrato social de donde provenían, la mayor parte eran de la clase media y baja, dos pertenecían a la alta nobleza y uno era de humilde origen, que ennoblecó con su comportamiento y labor pastoral distinguida. Seis estudiaron en Salamanca y cuatro en Alcalá. Dos frecuentaron entrambas universidades. Uno provenía de la de Mallorca, y dos se doctoraron en Irache, aunque habían estudiado previamente en Alcalá y Salamanca. En general fueron obispos dignos, según los parámetros de entonces, aunque pastoralmente poco imaginativos. No se dan en este episcopologio del siglo xvii figuras brillantes, si se exceptúa el benedictino Prudencio de Sandoval (1612-1620). Todos estos y otros aspectos que se tratan a propósito de cada obispo, aparecen sintetizados por el autor en la introducción que precede al volumen quinto.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

GOZÁLBEZ ESTEVE, Elía: *El Señorío de Benilloba*, Alcoy, 1985, 222 págs. Edición de Caja de Ahorros de Alicante y Murcia.

La autora analiza, sobre documentos inéditos, el señorío de Benilloba, situado en la comarca alicantina de Alcoy. La obra representa un avance más en el conocimiento del régimen señorial en la Edad Moderna y, en concreto, en una zona de tan densa implantación como lo fue el antiguo reino de Valencia.

Recoge los primeros momentos del señorío, muy a comienzos del siglo xiv, en que lo detenta Bernardo de Cruilles, noble catalán que intervino en la reconquista de la comarca. Tras un recorrido histórico de sus vicisitudes jurídicas hasta la

expulsión de los moriscos en 1609—hay que destacar que la población colonática del señorío fue en su totalidad morisca— se pone de relieve cómo aquella produjo un acrecentamiento de tierras en mano del señor, al incorporarse éste tanto las alodiales que los habitantes poseían, ahora abandonadas con la expulsión, como el dominio útil de las que se habían cedido en enfiteusis. La crisis económica que para los señores supuso la marcha de la morería obligó a una nueva repoblación de Beniloba, que se reglamentó en las dos cartas de población de 1611, dadas por el señor, Conde de Aranda.

La obra estudia con detalle las cartas pueblas y el nuevo régimen enfitéutico establecido desde 1611, con población ahora de cristianos viejos, y valora sus elementos económico-jurídicos, como cánones, laudemios, fadigas, comisos, etc. Completa la dinámica señorial el análisis de la extinción del señorío, con los conflictos que levantaron las leyes abolicionistas del siglo XIX en su aplicación en estas tierras, y cuyo proceso judicial, iniciado en 1852, recoge con detalle. Es de destacar el apéndice documental que completa la obra, de gran interés para el historiador de las instituciones, pues incorpora transcripción de ventas y confirmaciones regias bajomedievales, las cartas de población de 1611, y el contenido de los procesos de abolición.

ROBERTO ROLDÁN

LAUDAGE, J.: *Priesterbild und Reformpapsttum im 11. Jahrhundert* (Beihefte zum Archiv für Kulturgeschichte 22; Böhlau Verlag, Köln-Wien, 1984), VIII+338 págs.

Este libro contiene la tesis doctoral de su autor, defendida ante la Facultad de Filosofía de la Universidad de Colonia. Trata de la imagen del sacerdote en el contexto de la así llamada reforma gregoriana. Como es sabido, una historiografía anticuada polarizaba por un lado en demasía dicha reforma en la persona del papa Gregorio VII (de ahí el nombre con el que se la conoce), y por otra parte le asigna una motivación monocausal como el choque entre el imperio y el papado, con la exclusiva iniciativa de este último en tal reforma. En estas explicaciones, la mejora de imagen del sacerdocio se habría realizado en función de la lucha entre los dos poderes. Este libro sostiene la tesis contraria, y creo que acertadamente, de que las raíces de la reforma eclesiástica que se impone en la segunda mitad del siglo XI con el apoyo pontificio, viene desde mucho más atrás, y la nueva imagen del ministerio sacerdotal hay que buscarla en la tradición canónica del derecho canónico pseudo-isidoriano, que no es precisamente de iniciativa pontificia. Tampoco son de inspiración pontificia las colecciones canónicas de signo reformista o universalista anteriores a la reforma gregoriana, tales como el Decreto de Burcardo de Worms, la Colección en V Libros, la *Anselmo dedicata* etc., las cuales difunden en la cristiandad de entonces la nueva imagen de sacerdote, que difiere esencialmente de la de los ministros del poder secular. Algo parecido ocurre en la literatura político-teológica y hagiográfica analizada también en este libro. En este contexto, la lucha por las investiduras no aparece como un oscuro forcejeo

por el poder entre el papado y el imperio, sino que su motivación sería precisamente esta nueva imagen que del sacerdocio se venía formando desde mucho tiempo atrás. Naturalmente que un Gregorio VII y las colecciones canónicas de la reforma gregoriana estricta insisten más todavía en esta nueva imagen del sacerdote, de la cual constituye la primera formulación canónica nítida del Sínodo de Letrán de 1059, y la definitiva del Conc.2 Lateranense de 1139, con todas las colecciones canónicas que quedan en medio, que culminan con el Decreto de Graciano. Este libro, bien concebido y bien realizado, pone especial empeño en el estudio de esta cuestión en los territorios de la Lotaringia, pero tiene igualmente confirmación en otras áreas, como puede verse, por ejemplo, por la reforma monacal en la Península Ibérica, estudiada recientemente por J. Orlandis, *La Iglesia en la España visigótica y medieval* (Pamplona, 1976), 309-348

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

LINAGE CONDE, A.: *Las cofradías de Sepúlveda* (Publicaciones de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia 110; Segovia, 1985), 395 págs.

El presente libro contiene la historia de cinco cofradías de la segoviana villa de Sepúlveda, historia que cubre el arco de tiempo que va desde el origen de dichas congregaciones hasta la actualidad. Dichas cofradías, que son entre todas las que aún existen hoy día, se conocen con las siguientes denominaciones: la del Santísimo Sacramento o «el Señor», la Transfiguración del Señor o «Duruelo», la Veracruz y las Cinco Llagas o la Paz y Caridad o «Plagas» que antes hubo de llamarse del Santísimo Crucifijo y la Pasión de Nuestro Señor Jesucristo, Nuestra Señora del Carmen y la de San Marcos. La cronología de estas cofradías se sitúa en la franja de tiempo que corre desde principios del siglo XVI hasta finales del XVIII. El Dr. Linege ha dedicado sin duda miles de horas a la investigación y estudio de la documentación que ha podido localizar sobre estas cofradías, y que se conserva en los archivos locales. En su libro se da un valioso apéndice con la descripción de estas fuentes, recogidas con amor y paciencia benedictina (incluso se da el caso de un valioso pergamino, que se hallaba en estado de grave deterioro y que ha sido restaurado por la esposa del autor, doña Carmen Torres, especialista en esta clase de trabajos). En otro apéndice se editan numerosas piezas de esta documentación, entre ellas, naturalmente los estatutos de estas cofradías. Con estas fuentes a la vista, el Dr. Linege ha trazado, en un centenar de páginas, con estilo elegante y ameno, la historia de las mencionadas cofradías. Innecesario ponderar aquí el enorme interés de un estudio como éste. Las cofradías fueron el cauce o marco dentro del cual se desarrolló la piedad de las gentes durante muchos siglos, de manera que la historia de estas instituciones es la historia real de la religiosidad, con toda la gama de aspectos vivenciales de las gentes encuadradas en ellas. Este estudio es tanto más bienvenido, cuanto que la historiografía sobre este argumento se suele referir generalmente a una única cofradía durante

un tramo más o menos largo de su existencia, pero no a la totalidad de las cofradías que subsisten en una determinada localidad durante todo el tiempo de su historia.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

MAJADA NEILA, Jesús: *Fuero de Plasencia. Introducción-Transcripción-Vocabulario*, Salamanca, Librería Cervantes, 1986, 223 págs.+índice+láms. fuera de texto.

Bajo el patrocinio del Ayuntamiento de Plasencia y con motivo del VII Centenario de la fundación de la ciudad, Majada Neila ha dado a conocer su versión del fuero de Plasencia mediante un trabajo que va en la misma línea del que años atrás nos ofreciera sobre el fuero de Zamora (Majada Neila, J.: *Fuero de Zamora. Introducción-Transcripción-Vocabulario*, Salamanca, Librería Cervantes, 1983, 91 págs.+bibliografía básica+índice)

La presente edición, que se abre con una breve introducción sobre la historia del fuero (pp. 9-10), la descripción codicológica del material utilizado (pp. 10-11), la fijación de los criterios de transcripción (pp. 11-13) y unas también breves consideraciones sobre la relación del fuero de Plasencia con otros textos integrantes de la familia del fuero de Cuenca (pp. 13-14), pretende ser, según declaraciones del autor «válida para juristas, filólogos e historiadores» (p. 12), y tiene por finalidad paliar «el desconocimiento del trabajo de Matías Gil y la escasa utilidad del de Benavides Checa» (p. 12), trabajo este último, siempre según palabras del autor, que «Carece del más mínimo rigor científico y es poco útil para los estudiosos, tanto en el campo filológico como jurídico, ya que sus errores de transcripción e interpretación aparecen por doquier» (p. 11).

Para superar tales deficiencias, el autor ha preparado su edición del fuero a partir del manuscrito del siglo XIII que del mismo se conserva en el Archivo del Ayuntamiento de Plasencia (p. 10), aunque no se han tenido en cuenta las copias posteriores del fuero que existen en la Biblioteca Nacional (p. 11) y se ha prescindido de las «abundantes anotaciones marginales del manuscrito, muy posteriores al siglo XIII y carentes de interés» (p. 13). El autor ha acudido al cotejo de otros fueros tanto para subsanar los errores de copia y las lecturas viciosas, si bien en pocas ocasiones indica el lugar exacto de la lección elegida, como para atribuir epígrafes a los párrafos que no lo llevan en el manuscrito (pp. 12-13). Acompañan a la edición un índice de párrafos (pp. 169-186) y un vocabulario de las voces que aparecen en el fuero (pp. 187-223).

F. L. PACHECO

MARTIN, Jochen: «*Spätantike und Völkerwanderung*», Oldenbourg Grundriss der Geschichte, R. Oldenbourg Verlag, München, 1987.

El mayor mérito de la Oldenbourg Grundriss der Geschichte, la más nueva serie de Historia Universal aparecida en idioma alemán, reside indudablemente en la puesta al día sobre las nuevas líneas y métodos de investigación de la ciencia histórica. El lector puede estar seguro de que recibe el más depurado material, elaborado con apoyo de las recientes investigaciones y publicaciones

Ello ocurre por lo menos con la obra del profesor de la Universidad Albert-Ludwig, de Freiburg, Alemania, Dr. Jochen Martin. Dedicado en su conjunto a la tardía Antigüedad, establece el libro en sus 287 páginas las coordenadas que conllevaron a la formación, en las postrimerías del imperio romano occidental, del esquema medieval

Sustentado sobre la base de una ingente bibliografía (880 títulos nombra él) y un profundo conocimiento de las fuentes en sus distintas versiones, analiza Martin con agudo criterio los temas específicos de la tardía Antigüedad: la nueva forma del imperio después de Diocleciano y Constantino, la estructuración económica y social, la reelaboración del Senado, la administración imperial, la consolidación del cristianismo, la penetración, asentamiento y afianzamiento de los pueblos germanos.

La obra se divide en tres partes:

1 Exposición de la problemática general, que engloba desde las reformas de Diocleciano y Constantino hasta la administración de Justiniano. Especial importancia adquieren aquí las reformas económicas de los dos primeros, como asimismo el carácter y rol del nuevo Senado que se forma bajo Constantino. Se insiste aquí en el valor histórico que revisten las transformaciones económicas y sociales tanto en el campo como en la ciudad, que gravitan fuertemente en el devenir político de Roma. Un capítulo entero está dedicado a la administración imperial, que se mueve entre dos esferas de poder: el emperador y el Senado. La Iglesia va penetrando paulatinamente como nuevo elemento de poder, por su ascendiente sobre el pueblo y la corte. Los pueblos germanos hacen sentir su influencia por medio de sus líderes, que toman posiciones de poder en el ejército romano, o en masa (Adrianópolis, toma de Roma... asentamiento).

2. La segunda parte es un análisis detenido de los problemas de fondo (Grundprobleme) de la tardía Antigüedad, con prolijo tratamiento de fuentes y comentarios acerca de las obras específicas sobre el particular. Constituye en el fondo una amplia exposición y comentario de las nuevas tendencias de la investigación histórica. Aquí se aprecia cómo antiguas concepciones van cediendo ante las nuevas rutas abiertas por nuevos historiadores con métodos distintos y reexamen de fuentes, o cómo antiguas tesis mantienen su vigencia. De todo ello emana —y aquí reside posiblemente el mayor aporte de Martin— una especie de delineamiento de los temas históricos que, habiendo sido ya tratados muchas veces, no han sido satisfactoriamente solucionados: el autor señala las fuentes precisas donde una solución más verosímil está implícita y los criterios a observar en su tratamiento. Aquí destaca, por ejemplo, el problema de las modalidades de asentamiento de

los pueblos germanos en territorio imperial, tema que ha vuelto a ganar actualidad.

3. La tercera parte, en fin, trata detenida y cuidadosamente las colecciones de fuentes hasta ahora editadas en sus distintos ámbitos literario, histórico, jurídico, religioso, etc. Un orden riguroso remite al investigador que rastrea un tema específico (Cristianismo, Germanismo...) a las fuentes precisas sobre el particular. Lo mismo respecto a la literatura histórica en general: el autor ha establecido un esquema cronológico que va de Diocleciano a Justiniano: para cada personaje o período histórico ha seleccionado Martín una abundante y moderna literatura. Cada tema de la tardía Antigüedad tiene su respectivo apartado bibliográfico.

Un libro, en fin, que viene a constituirse en una guía obligada para aquéllos que quieren poner al día sus conocimientos sobre la historia de un período trascendental de la Antigüedad. Una traducción al castellano se hace, más que necesaria, urgente.

R. A. KRIEGER

MORALES ARRIZABALAGA, Jesús: *La derogación de los Fueros de Aragón (1707-1711)*. Huesca, Instituto de Estudios Altoaragoneses, Excma. Diputación Provincial, 1986, 119 págs.

La «Colección de Estudios Altoaragoneses» se adentra, creo que por vez primera, en el terreno histórico-jurídico y viene a enriquecer el panorama de nuestra bibliografía con la incorporación, en su volumen número 8, de la muy interesante monografía a la que me refiero. No es ésta, por cierto, la primera aportación de su autor (Jesús Morales Arrizabalaga, profesor colaborador en la Cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Zaragoza) sobre el ordenamiento jurídico aragonés en el siglo XVIII. Inició sus trabajos acerca de esa materia con un estudio dedicado a *La reforma de la Audiencia de Aragón (1706-1711)*, mediante el cual —dirigido por el profesor Jesús Lalinde Abadía— obtuvo en 1981 el Premio Extraordinario de Licenciatura; continuó la serie con la monografía de la que me ocupo en seguida, y está preparando en la actualidad la edición de la obra de Francisco Carrasco, *Breve noticia de los juyzios privilegiados del Reyno de Aragón*, luego de haber concluido recientemente su tesis doctoral, que versa sobre la situación de la Real Audiencia aragonesa durante el siglo citado. Parece claro, pues, que nos encontramos ante el proceso de formación de un verdadero especialista, que ha comenzado ya a fructificar.

El estudio de la derogación de los Fueros de Aragón por Felipe V comienza con un repaso del estado de la cuestión en el momento en que este libro fue escrito (1982), de cuyo análisis derivan las claves para interpretar el resto del trabajo. Así —en opinión del autor— la expresión «Decretos de Nueva Planta», utilizada por la historiografía, engloba distintos procesos de reforma jurídica. Cabe apreciar, en este sentido, ciertas diferencias entre los diversos territorios. Cada uno de los Reinos de la Corona de Aragón es objeto de una legislación mediante la cual

se persiguen finalidades distintas, utilizándose, además, técnicas normativas peculiares. A su vez, dentro de la «Nueva Planta» de cada territorio, se puede observar también diferencias cronológicas.

En concreto, la del Reino de Aragón —conforme a este análisis del profesor Jesús Morales— no se llevó a cabo en virtud de un acto legislativo único, sino que se desarrolló a lo largo de un proceso en el que quedan plasmadas concepciones diferentes. La primera fase se inicia formalmente el 29 de junio de 1707, y llega hasta el año 1710. Dominada por un planteamiento político, no se proporcionan entonces los medios técnicos necesarios para hacer posibles las reformas administrativas que sustentasen los cambios de concepción del ordenamiento jurídico y de la organización política que se pretendía. Eliminadas las instituciones forales de mayor contenido ideológico (Cortes, Consejo Supremo de Aragón, Justicia Mayor, etc.), no se consigue poner en funcionamiento un tribunal de apelación eficaz, ni tampoco se implanta suficientemente el modelo castellano de administración territorial y municipal. Durante ese período, más bien, la actuación de las instituciones gubernativas y judiciales se desarrolla de acuerdo con los criterios de una «administración de guerra»

Tras la batalla de Zaragoza (20 de agosto de 1710) se produce un vacío institucional que Felipe V aprovecha para introducir los cambios de planteamiento que permitieran poner en marcha los órganos de la *administración intermedia e inferior*. Durante los últimos meses de 1710 y los primeros de 1711, el capitán general (el Príncipe T'Serclaes de Tilly) había asumido, de hecho, el gobierno militar, político y judicial de Aragón. El Real Decreto de 3 de abril de 1711 vino a reconocer legalmente la preeminencia que *de facto*, había alcanzado T'Serclaes como «General conquistador». Desde ese momento, en fin, las áreas principales del gobierno y la administración de este Reino quedaban subordinadas al capitán general.

El 27 de junio de 1711 se ordenaba que la Audiencia interina, formada en torno al capitán general, se acomodase al modelo de la Audiencia de Sevilla y se rigiese por las Ordenanzas de ella. Se creaba de esta manera un nuevo modelo de Audiencia, conjugando la organización sevillana con la Presidencia atribuida al capitán general. Los problemas prácticos derivados de semejante superposición de modelos perdurarían —según afirma el autor de la monografía de referencia— hasta bien entrado el primer siglo borbónico.

Finalmente, Morales Arrizabalaga pone de relieve un aspecto del mayor interés para la Historia de nuestro Derecho, al señalar que —a diferencia de lo sucedido en el siglo XVI— los autores de la literatura jurídica foral que más alto prestigio habían alcanzado entre los años 1702 y 1710, se decantan en este conflicto a favor del Monarca. Durante la primera mitad del siglo XVIII se ocupan científicamente del ordenamiento jurídico aragonés ciertos tratadistas integrados en la nueva Administración del Reino (Lissa, Franco de Villalba, Escuder, Santayana, Carrasco); autores que, con sus obras, apoyan de manera sutil, en efecto, la transición del envejecido Derecho Foral de Aragón al nuevo régimen borbónico.

MORÁN ORTI, Manuel: *Poder y Gobierno en las Cortes de Cádiz (1810-1813)*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1986, 350 págs.

Se basaría la tesis en puros malentendidos si fueran preterintencionales: confusión sistemática entre situación constituyente y régimen de convención y carencia obstinada de dilucidación mínima del sistema concreto de distinción y articulación de poderes de la propia Constitución. Los mismos problemas reales que entonces de continuo se suscitaron en este ámbito, magnificados sin más como categoría, producen el desalojo del objeto constitucional.

La obra no oculta su pertenencia a escuela todavía empeñada en el mismo pleito de Fernando VII contra la Constitución, su orden de inexistencia se cumple. Se le satisface incluso en el capítulo de fuentes. Alcanzan autoridad historiográfica, no sólo para el enjuiciamiento sino también para la fijación del dato, los expedientes policiales de persecución de constitucionales.

El método de exposición es además puramente diacrónico y recalcitrantemente episódico, sin que el propio binomio *Poder-Gobierno* anunciado en el título sea capaz de hallar algún lugar de consideración. No se lo ofrecen siquiera las ocasiones de encuentro con los *reglamentos del poder ejecutivo*.

Pero la obra está trabajada, con un esfuerzo más de apreciar por el escaso aprecio que le inspira su objeto.

B. CLAVERO

MOTTE, Olivier: *Savigny et la France*, Berne, P. Lang, 1983, 247 págs.

La dedicación del autor al estudio de las relaciones intelectuales entre Francia y Alemania, que ya dio frutos importantes anteriores (cfr. su estudio «Camille Jullian, élève de Mommsen à l'Université de Berlin», en *Ius Commune* 9, 1980, 315-453), se orienta ahora hacia la figura capital de Savigny y la recepción de la Escuela histórica en la Francia de los exégetas. La obra, desde luego imprescindible en la bibliografía sobre Savigny, acusa en su contenido algo heterogéneo (parte primera: «Savigny, l'homme et le mythe», pp. 19-81, parte segunda: «Les correspondants français de Savigny», pp. 83-91, parte tercera: «Les disciples français de Savigny sous la Restauration», pp. 93-113; parte cuarta: «Laboulaye et Savigny», pp. 115-119; parte quinta: «Savigny et la science française du droit romain», pp. 193-220) que se trata, en palabras del autor expresando su agradecimiento a Helmut Coing (p. 17), de varias «contributions, primitivement destinées à paraître dans plusieurs revues d'histoire du droit», entre todas, la más elaborada tal vez sea la dedicada a Laboulaye, que recoge, como por lo demás la obra toda, correspondencia cruzada entre el científico francés y el maestro alemán.

Motivada por la puesta a disposición de los estudiosos de una importante masa de documentos de Savigny, la aportación de Motte consiste en la edición de cartas de contenido especializado, con algún dato imprescindible para su mejor

lectura. El historiador español sabrá valorar, entre otros extremos, la rápida referencia a los trabajos sobre la Escuela Histórica en España, tan escasos (lo que, creo, no ha conseguido superar el libro reciente de M. Figueras) como para hacer escribir a Motte que «la réception de la pensée savigninienne en Espagne nous était, elle, jusqu'à ce jour à peu près totalement inconnue» (p. 61), aunque podría añadirse algún título (por ejemplo Antonio E. Pérez Luño, «Experiencia histórica y experiencia jurídica en Durán y Bas», en *Llibre del II Congrés Jurídic Català* (1971), Barcelona, Fundació Congreso Jurídico Catalán, 1972, pp. 143-159); descubrirá además un romanista español, catedrático que fuera en Sevilla, entre las personas interesadas por el círculo savigniniano de Berlín (José María de Alava y Urbina), aunque más por la organización académica alemana que por la ciencia que en ella se cultivaba (cfr carta de Laboulaye a Savigny presentando a Alava, 19-9-1851, en pp 185-186; carta del decano Pellat a Savigny, 13-7-1851, en pp. 215-216).

CARLOS PETIT

OLIVERA SERRANO, César: *Las Cortes de Castilla y León y la crisis del reino (1445-1474). El Registro de Cortes*, Burgos, Congreso Internacional sobre la «Historia de las Cortes de Castilla y León», 1986, XXXI + 402 págs. Estudio preliminar de Rogelio Pérez-Bustamante y González de la Vega.

El grueso de esta obra lo constituye la transcripción de las 88 piezas documentales integradas en el *corpus* que expresa su subtítulo (págs. 177-391). Objetivo y tarea fundamentales del autor han sido, pues, sacarlo a la luz, facilitando generosamente el trabajo de los historiadores interesados en reconstruir, desde los más diversos puntos de vista, la historia de la corona en esos años al ofrecerles tan atractivo volumen de datos

El aprovechamiento de los mismos por parte de César Olivera es, lógicamente, más limitado. En páginas 3-174 pretende tan sólo «resucitar la "historia" concreta y real de la institución dentro de los acontecimientos políticos y sociales del momento» (p 7). Esa pretensión se formaliza en capítulos que van marcando cronológicamente los distintos ayuntamientos de procuradores y sesiones de Cortes, constituyendo un ilustrativo comentario a los documentos correspondientes

Legítimamente, el autor ejercita sus opciones, y aquí es donde presumiblemente podrá centrarse la discusión de su obra por los especialistas. Como editor, en primer lugar, no ha dado a la imprenta todos los documentos del *Registro*: no publica «la parte final, correspondiente al reinado de los Reyes Católicos.. en gran medida por carecer del mismo grado de interés» (p. 7), explicación que al lector resultará insuficiente cuando conozca en la página 9 la consideración que este reinado merece al propio Olivera. Y como historiador, interesará conocer a los lectores de este Anuario su actitud ante la historia institucional. Ceder a sus cultivadores la labor de estudio de los documentos que edita es el primer y justificado

gesto del autor. No puede evitar, sin embargo, que afloren a veces sus propias convicciones acerca del asunto. Califica de «sorprendente» la polémica habida sobre la naturaleza jurídico-política de la institución, ya que «resulta relativamente sencillo describir los elementos institucionales básicos. de (las) Cortes. Pero son tan genéricos, que no merece la pena discutir detalladamente sobre ellos» (pp. 3 y 4). Esa cesión a los historiadores de las instituciones de la que hablábamos líneas más arriba se convierte así más bien en una invitación a que sigan construyendo castillos en el aire. Tan flotantes construcciones, pese a todo, hubieran dotado tal vez a Olivera de mejores criterios para distinguir «ayuntamientos» de «Cortes», dado que acepta la distinción (en concreto, para las «Cortes» de 1445 en Olmedo, véase B. Clavero. «Notas sobre el derecho territorial castellano, 1367-1445», en *Historia Instituciones. Documentos*, 3, 1976, páginas 141-165, trabajo que ignora la relación bibliográfica del libro que comentamos), o para orientar mejor a futuros arquitectos (véase la enigmática referencia «a la ley XXV de las partidas» en p. 19).

El estudio preliminar de Pérez-Bustamente, «Cortes de Castilla en el siglo XV: hacia una nueva dimensión institucional», atiende desde su propio título al punto de vista que aquí más nos interesa, ofreciendo sólo un esbozo cuya lectura nos hace esperar con impaciencia la más detallada elaboración que expresamente promete.

JESÚS VALLEJO
Universidad de Sevilla

ORESTANO, Riccardo: *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna (Il Mulino), 1987, 668 págs.

¿Qué se puede decir de un libro que lleva vivo más de 30 años, desde 1953 con su título de *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, o desde 1950 si contamos la aparición como artículos de algunos apartados? ¿Qué puede decirse de un volumen que ha venido realmente vivificando el estudio del derecho romano y de la historia del derecho, o del uno en la otra justamente sin mucha distinción, que ha reanimado así a esta misma historia recuperándole el firme de una cultura tras la alienación de la pandectística? ¿Qué puedo personalmente decir de una introducción que para mí exactamente lo fue, abriéndome el horizonte de una historia jurídica que no resbalara por la superficie de las instituciones y procurara adentrarse por los entresijos de su entramado precisamente cultural? Entre viejos conocidos poca presentación cabe, pero cuando tan desigual resulta la relación, con dicha deuda de aprendizaje, algo podrá decirse de reconocimiento y recomendación.

O algo deberá aquí de esto decirse cuando su segunda versión más difundida fuera telegráficamente reseñada (*Anuario*, 30, 1960) de modo más bien defectivo: «Nueva edición de lecciones sobre problemas metodológicos del derecho romano». Se trataba, como se trata, más que de lecciones, más que de metodología y más que de derecho romano. Era la reseña de mano romanista; le dolía, me sos-

pecho, lo de *histórico*: su exigencia de recuperación de toda una cultura a través de los siglos como requisito imprescindible para la propia situación del derecho, y no sólo del romano, tanto en sus diversos momentos pretéritos como en su valor actual. Y era sólo la *introducción*.

Estamos ahora ante la edición definitiva, ya impresión formal de libro y no sólo como hasta ahora encuadernación material de apuntes. El esfuerzo de ampliación, integración y articulación ha sido notable, ofreciéndose una obra mucho más hecha y acabada, aunque todavía algún apéndice acusa desbordamientos en empresa tan caudalosa. No es el momento de una palingenesis, pero ya en el título habrá podido creerse detectar un cambio: la *Introduzione allo studio storico* se ha convertido en *Introduzione allo studio* simplemente, sin calificación de historia. El cambio podría ser fundamental.

¿Hay tal cambio de orientación? ¿Ha rectificado Orestano, o al menos se ha moderado, cediendo exigencia? No se hagan ilusiones todas las neopandectísticas, todos los que se empeñan en seguir viendo en un aislado texto histórico, que se ha querido *corpus*, un valor intrínseco rehuendo el mismo imperativo de devolverlo a su historia para recuperar su cultura. Orestano resulta terminante a fuer de consecuente: «He eliminado en el título de esta edición el adjetivo *histórico* del término *studio* por no seguir alimentando la suposición de que el derecho romano como ningún otro derecho pudiera hacerse objeto de un estudio que no fuese histórico», recalcando: «Inútil tautología es la que encierra en la calificación histórica un estudio jurídico». Las otras tendencias ya se hallarían desahuciadas, no mereciendo a estas alturas beligerancia.

¿Es nuestro caso? No quisiera empañar la celebración de esta edición entrando en ello, pero mírese tan sólo la demarcación recalcitrantemente aislada del derecho romano como área de conocimiento y el efecto de su proyección en la investigación y en la docencia. Contémplese sobre todo esto último pues es el campo de esta *Introducción* a una materia que, ya si quiere satisfacer alguna función formativa, no admite otro planteamiento que el de un signo histórico no recluido además en el espacio de la antigüedad. Si se procediera a una traducción con sus miras siempre docentes, ya tendríamos tristemente que pensar aquí en la comisión de la tautología. De ella se han librado en otras latitudes con obras como ésta de Orestano.

De saludarla, no de presentarla, se trataba. El libro ha cambiado, enriqueciéndose, pero su espíritu ha resistido, fortaleciéndose. Como el propio Orestano con legítimo orgullo proclama ya en momento conclusivo. «No veo razón en el mundo para entrar en contradicción conmigo y mis convicciones». Más que una lección, más que metodológica, más que de derecho romano y más en fin que de historia

BARTOLOMÉ CLAVERO

PENNINGTON, K.: *Pope and bishops. The papal monarchy in the twelfth and thirteenth centuries* (The Middle Ages; University of Pennsylvania Press, 1984), xvi + 224 pp.

El medievo fue un mundo unitario, pero también lleno de contradicciones y dualismos. Uno de ellos fue lo que Kantorowicz llamó los dos cuerpos del Rey (the king's two bodies), es decir el Rey como persona privada sujeta a la ley, y el Rey como persona pública que está por encima de ella. También en la eclesiología se dan los dos cuerpos del obispo: por un lado gobierna de modo inmediato su diócesis bajo el Papa, y por otro participa en el gobierno de la Iglesia universal con el Papa porque recibió como él su poder de Cristo. En los siglos XII-XIII se da una gran transformación en el gobierno de la Iglesia, en buena parte inspirada en el derecho romano. En la alta Edad Media las iglesias locales eran regidas por los obispos, con una importante participación de los Reyes en dicho gobierno. En el siglo XIII las gobiernan los obispos bajo el Papa, disminuyendo considerablemente la intervención regia. Aunque ésta no se elimina del todo, se proclama muy alto el principio de la inmunidad de la Iglesia con respecto al poder secular. La interacción entre estos dos poderes, secular y espiritual, que se hallaban profundamente entrelazados, forma parte de la esencia del medievo. De sus luchas y acuerdos emergen las primeras raíces de la Edad Moderna. Los obispos, por otra parte, eran a la vez con mucha frecuencia señores temporales, bajo el poder central del rey o del emperador. Por otro lado, dependen del Papa a quien tienen que pagar las tasas, de quien reciben candidatos a los beneficios diocesanos, ante quien tienen la suprema instancia de apelación, y cuyo derecho pontificio tienen que aplicar.

Generalmente, los canonistas medievales se resistieron a conceder al Papa un poder absoluto, lo que desembocó en la cuestión del origen pontificio o del poder divino de la autoridad del obispo. Según fuera lo uno o lo otro, tendríamos un poder compartido o absoluto en la Iglesia. Aquí surge un elemento nuevo que es la teología mendicante. Las órdenes mendicantes, particularmente los dominicos y franciscanos, obtienen del Papa poder para oír confesiones y celebrar misa en toda la cristiandad, lo que les hace entrar en colisión con el clero secular y concretamente con los obispos. Los mendicantes defienden el poder absoluto del Papa, de quien ellos son delegados, y no necesitan por consiguiente el permiso del obispo. Los seculares se oponen, alegando viejos cánones. Los canonistas no están abiertamente por ninguna de las dos partes o no se consideran envueltos en esta controversia. Pero su visión es la de una Iglesia de las libertades en favor de los obispos, basándose en la primitiva Iglesia de la era apostólica, en el derecho consuetudinario y en el desarrollo histórico de la Iglesia. Para los mendicantes toda potestad dimana del Papa. En la canonística había abundantes ejemplos de legados y procuradores. Pero esto se planteaba en términos puramente jurisdiccionales y no en términos eclesiológicos. El resto de la historia de este tema no aporta gran cosa. Durante la Edad Media habrá defensores de las dos teorías, casi en la misma proporción. Inocencio III había formulado, cuando esta cuestión no se planteaba, que los obispos eran vicarios de Cristo. Esta idea fue amplificada por autores como Guillermo Durante, Agustín Triunfo y otros. Pero ninguna de las

dos teorías llega a dominar a la otra durante el medievo. La escuela española del siglo XVI (a la que Pennington por cierto no alude) replantea esta cuestión, dividiéndose los pareceres como en el medievo. Se impone, sin embargo, la teoría mendicante, en el contexto centralizador tridentino y postridentino, en autores como Francisco Suárez frente al doctor Navarro, por citar dos ejemplos señeros. Los dos Concilios Vaticanos llegan a una especie de compromiso, aunque sin resolver del todo esta cuestión, puesto que los dos afirman que el Papa y los obispos tienen potestad inmediata en la diócesis, lo que sigue siendo algo ambiguo. Tal es, en resumen, la historia que de este tema hace el autor del presente libro, historia que es bueno no perder de vista al estudiar el tema central de la presente obra.

El objeto primordial de la presente investigación se centra en los años 1180-1270, es decir entre Hugucio de Pisa (1188-1190) y Enrique de Susa Cardenal Hostiense (1250-1271). Dentro de este arco de tiempo, el momento más decisivo corresponde a Inocencio III que, utilizando expresiones anteriormente aparecidas, les imprime un nuevo énfasis que influye en la canonística sucesiva. Entre los canonistas de la época aquí estudiada, destacan Huguccio de Pisa y el Papa Inocencio III como sostenedores de los poderes pontificios absolutos, y Juan Teutónico y sobre todo el Cardenal Hostiense en favor de las prerrogativas episcopales. Los actuales canonistas y eclesiólogos encontrarán sin duda sugerente esta importante monografía.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

- PEÑA PÉREZ, F. J.: *Documentación del monasterio de San Juan de Burgos (1091-1400)* (Burgos, 1983), 400 págs.
- OCEJA GONZALO, I.: *Documentación del monasterio de San Salvador de Oña (1032-1284)* (Burgos, 1983), 402 págs.
- Idem: *Documentación del monasterio de San Salvador de Oña (1285-1310)* (Burgos, 1985), 400 págs.
- Idem: *Documentación del monasterio de San Salvador de Oña (1311-1318)* (Burgos, 1986), 432 págs.
- Idem: *Documentación del monasterio de San Salvador de Oña (1319-1350)* (Burgos, 1986), 404 págs.
- GARRIDO, J. M.: *Documentación de la catedral de Burgos (804-1183)* (Burgos, 1983), 398 págs.
- Idem: *Documentación de la catedral de Burgos (1184-1222)* (Burgos, 1983), 404 págs.
- PEREDA LLANERA, F. J.: *Documentación de la catedral de Burgos (1254-1293)* (Burgos, 1984), 412 págs.
- Idem: *Documentación de la catedral de Burgos (1294-1316)* (Burgos, 1984), 408 págs.
- GARCÍA ARAGÓN, L.: *Documentación del monasterio de la Trinidad de Burgos (1198-1400)* (Burgos, 1985), 444 págs.

LIZOAIN GARRIDO, J. M.: *Documentación del monasterio de Las Huelgas de Burgos (1116-1230)* (Burgos, 1985), 420 págs.

Idem: *Documentación del monasterio de Las Huelgas de Burgos (1231-1262)* (Burgos, 1985), 404 págs.

Estos son los 12 primeros volúmenes editados de la serie *Fuentes medievales castellano-leonesas*, donde figuran con el número que para cada uno se antepone en el margen izquierdo de su enunciado para esta reseña. El título de cada volumen indica con toda precisión el contenido, época y colección documental de donde proceda la documentación editada. Trátase, en efecto, de la edición de los documentos existentes en los archivos de la catedral burgalesa, de los monasterios de San Salvador de Oña, monasterio de la Trinidad de Burgos y del monasterio de Las Huelgas de la misma ciudad. Este programa, iniciado en 1978, cuenta ya en su haber con unos resultados cuantitativa y cualitativamente importantes tanto por sus contenidos como por su método y sus metas. El equipo editor, dirigido por los profesores Juan José García González (director) y F. Javier Peña Pérez (director adjunto), cuenta con nosotros con otros 11 miembros y cuatro colaboradores, algunos de los cuales figuran como autores de algunos de los volúmenes ya aparecidos. Al comienzo del primer volumen, se indican los criterios metodológicos y editoriales para toda la serie, a los cuales aludiremos más abajo.

Los propios editores ponen de relieve, con toda razón, que la edición de fuentes documentales de la cuenca del Duero ha seguido una trayectoria errática, discontinua y voluntarista. Los estudiosos de cuestiones históricas saben bien que esto no solamente es cierto para el área geográfica indicada, sino para casi toda la península ibérica. Esto trajo consigo que la historia elaborada con una base documental tan frágil resulte como un edificio elevado sobre arena. Hasta fechas muy recientes, la mayor parte de los archivos carecían incluso de un inventario publicado que permitiera a los estudiosos conocer qué clase de documentos guardaba cada archivo y menos aún una lista de los mismos. En este sentido es justo recordar, como los editores subrayan oportunamente, a un grupo de pioneros, clérigos en su mayoría, que colmaron en parte esta laguna por cuanto a algunos archivos se refiere. Tal es el caso de los inventarios editados por García Villoslada, D. Mansilla Reoyo, J. M. Fernández Catón, etc. De otros archivos no se ha publicado todavía inventario alguno. En algunos casos más afortunados se había publicado no sólo algún tipo de inventario, sino algún bloque documental, más o menos amplio, que permite conocer el texto mismo de los documentos y no sólo su existencia. Este es el caso, entre otros, del cartulario del monasterio de Santo Toribio de Liébana o el recientemente editado para la documentación de la catedral salmantina del siglo XII. Estos laudables intentos y logros precedentes son ampliamente rebasados por el presente plan que cubre en cada caso toda la época medieval.

Curiosamente, en los medios universitarios no se había prestado mayor atención a esta fase editorial, previa a toda tarea de investigación histórica. Esta circunstancia realza todavía más el mérito del equipo editor del presente programa, que viene a subsanar en buena parte la situación deficitaria precedente. Este mismo buen ejemplo están dando actualmente algunos otros departamentos de historia

medieval de universidades como la de Salamanca y León, por no citar ejemplos de fuera del área de la cuenca del Duero. Es una inquietud que debería haberse despertado hace un siglo, a ejemplo de los países europeos con los que nos gusta homologarnos.

Entre los archivos, cuya documentación se edita en estos volúmenes que aquí presentamos, destaca el catedralicio de Burgos, el cual ocupa el primer lugar entre todos los demás que forman parte de este programa tanto por la cantidad como por la calidad de la documentación que contiene. Pero es importante la de todos y cada uno, ya que en todos ellos se conservan fuentes necesarias para los más variados estudios históricos. Aunque la proporción no sea la misma en cada archivo, en todos ellos se guardan documentos de personas privadas, de reyes y papas, de obispos y otras autoridades civiles y eclesiásticas, que es preciso leer antes de ponerse a escribir cada una de las historias sectoriales afectados por cada clase de documentación.

Todas las manifestaciones del espíritu humano, durante el medievo, se ven reflejadas en los viejos papeles y pergaminos aquí editados. Por ello, su consulta es necesaria no sólo para la gran historia profana o eclesiástica, que en definitiva se nutren de la historia local. Todos los aspectos de la vida de los individuos y de la sociedad afectada por esta documentación se encuentran de algún modo registrados en ella. Pese a su laconismo unas veces, a su farragosidad otras, a su carácter formulario y de rutina en no pocas, a sus silencios por un lado y a sus versiones oficiales demasiado explícitas por otro, lo cierto es que la mayor masa de conocimientos que hoy día podemos tener sobre la Edad Media de la zona afectada se encuentra en estos volúmenes objeto de la presente reseña. Por lo que a la historia jurídica se refiere, tanto civil como canónica, los estudiosos tienen aquí un filón documental de primer orden para los más variados aspectos de su especialidad en este área. En el archivo catedralicio burgalés, puedo decir, a título de ejemplo, que encontramos algunas de las piezas más buscadas para nuestro *Synodicon hispanum*. Cualquier estudioso que se ocupe de no importa qué aspecto civil o eclesiástico de la misma área, es más que probable que repetirá esta misma feliz experiencia.

La utilidad de esta documentación no afecta tan sólo a estudiosos ya consagrados. Es, además, particularmente apta para iniciar sobre ella trabajos académicos como las memorias de licenciatura, tesis doctorales, etc. sobre todo para los escolares que se encuentran *in situ*. En estos volúmenes hay piezas muy indicadas para estudios de historia del derecho canónico y de la sociología del mismo, en materia de personas, de patrimonio, de culto, etc. Dígase otro tanto de las relaciones entre ambos poderes, civil y eclesiástico, y de la sociedad en que entrambos se mueven y actúan.

Es obvio que una masa documental tan heterogénea, como la que aquí se edita, contiene piezas de la más diversa naturaleza, cuyo tratamiento adecuado requiere conocimientos nada comunes. De ahí que no sea difícil suscitar reparos o al menos criterios distintos de los adoptados en las normas editoriales que se dan en los prolegómenos al primer volumen de esta serie. Creo, sin embargo, que ésta es una limitación congénita a todo programa de la amplitud y heterogeneidad de los documentos aquí editados. Los historiadores de cada parcela se encargarán

de puntualizar y subsanar posibles defectos, que se dan incluso en series de textos mucho más homogéneas, como son las ediciones de concilios, sínodos, cortes, etc. La ulterior investigación sobre estos textos se encargará de realizar las oportunas puntualizaciones. Lo importante es contar con el texto de las fuentes como punto de partida, presentado de un modo sustancialmente aceptable, como creo que es afortunadamente el caso de la colección que aquí presentamos. Por otra parte, no creo que haya edición que evite absolutamente recurrir a la fuente manuscrita para cierta clase de problemas paleográficos y diplomáticos sobre todo. Y cito estas dos especialidades, porque es precisamente en ellas donde se pueden hacer más precisiones sobre cualquier edición de una tan amplia y tan heterogénea cantidad de piezas documentales.

Nada para mí tan grato como felicitar a los realizadores de esta magnífica empresa científica, y desear que este ejemplo cunda rápidamente en todas las áreas peninsulares. Ninguna tarea de investigación histórica merece más que ésta toda la ayuda y apoyo que necesita. Mi enhorabuena se extiende también a las entidades que han hecho posible esta edición, que son el Ayuntamiento de Burgos, la Caja de Ahorros del Círculo Católico de Burgos y la Comisión Asesora de Investigación Científica y Técnica del Ministerio de Educación.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

POCOCK, J. G. A.: *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century. A Reissue with a Retrospect*, Cambridge (Cambridge University Press), 1987, XV + 402 págs.

Que un clásico sea visitado y debatido al cabo de los años por su propio autor, es todo un acontecimiento. Y más cuando el respeto de la visita no entorpece el compromiso de la discusión: el original no se toca y la adición lo media. Tenemos, auténticos, el clásico, de 1957, y su revisión, de 30 años después. Su objeto original era la cultura histórica, pero ya de origen no menos cardinalmente interesaba a la jurídica o constitucional.

De clásico ya tenía la simplicidad. Lo regía una idea muy sencilla. la mentalidad del *common law* se impone en la Inglaterra del XVII haciendo a un tiempo abstracción pretérita del feudalismo y generación presente del constitucionalismo; por lo primero sería culturalmente posible lo segundo. Se desarrollaba la idea de forma también simple. los autores más significativos al efecto bastaban.

La adición ya puede, o ya debe, ser barroca. Se atiende la abundante literatura producida sobre sus cuestiones durante este tercio de siglo y se entra en el debate más complejo de viejos y nuevos autores. Al reto se responde: el clásico aguanta; su esquema se sostiene.

Entre las varias acusaciones de que ha sido objeto el clásico, y cuya defensa tampoco le obsesiona, quizá la más injusta fuera la de insularidad; su obra ya precisamente se abría con un capítulo sobre la cultura histórico-jurídica europea de

base y partida. ¿No somos los insulares a veces los continentales? Más desde luego los peninsulares.

Aquí se toca, no un mero capítulo del constitucionalismo historicista, sino el asunto más nuclear de una primera concepción constitucional por encima de la misma carencia cultural todavía de un concepto constituyente. De alcance al fin y al cabo pluricontinental, penínsulas incluidas.

B CLAVERO

PONTAL, O.: *Die Synoden im Merowingerreich* (Konziliengeschichte, Reihe A: Darstellungen; Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1986), xxii-346 págs.

Este libro contiene un tratamiento sistemático de los concilios de la época merovingia, que suman un total de 62, incluyendo en este número concilios propiamente dichos (de mayor o menor amplitud de convocatoria) y un sínodo diocesano (Auxerre 585). Excepto el de Orange a 529, que se ocupó del semipelagianismo, los demás no suelen tratar temas dogmáticos, sino disciplinares y judiciales. La Autora ofrece sobre cada una de estas asambleas cuanto de cierto podemos conocer acerca del lugar, fecha, tipología, convocantes, asistentes, sesiones, metas y temas tratados, tradición manuscrita y editorial del texto cuando lo hay, fuentes, bibliografía y otras cuestiones. El arco de tiempo de celebración de estos concilios corre del 511 al 714 y se celebran en un área geográfica que coincidiría con lo que hoy es Francia, si excluimos la provincia de Tréveris y Suiza, e incluimos la parte de la provincia Narbonense que pertenecía a la monarquía visigótica. A los obispos que reunieron estos concilios les correspondió la nada fácil tarea de construir nuevas iglesias y nuevos reinos sobre las ruinas del derrumbado Imperio Romano. Y en esta ardua tarea, tuvieron que replantearse y dar respuesta a toda una serie de problemas como la organización de la Iglesia, la disciplina del clero y de los monjes y monjas, el papel del obispo, la vida litúrgica, la cristianización de los recién convertidos, y otros temas menores en relación con la Iglesia propiamente dicha. Dentro de su competencia legislativa sobre los laicos, estos concilios se preocuparon de la ética de ciertas relaciones sociales como el mejoramiento de la condición de los esclavos y de los libertos, derecho de asilo, adulterio y matrimonio entre consanguíneos, lazos de encomienda y fidelidad, etc. Aparte de unos buenos índices, el libro se completa con unas tablas de los cánones incluidos en colecciones canónicas, lista de algunos concilios transmitidos en cartas y otra lista de los que se transmiten en fuentes narrativas, y lista alfabética de los obispos que por sí mismos o por sus representantes suscribieron estos concilios. La tabla de cánones transmitidos en colecciones canónicas es de particular importancia, ya que el texto que hoy día conocemos es justamente el que aparece en las colecciones canónicas y no el de los concilios en tradición conciliar original. Es el mismo caso que el de los concilios romano-visigóticos de la Península Ibérica. Las colecciones canónicas aquí tabuladas son la *Vetus Gallica*, la *Dacheriana*, el libro IV del *Quadripartitus*, *Burcardo de Worms*, *Ivo* y *Graciano*. El

total de cánones asumidos por Graciano es de 51, mientras que el número de textos de la Hispana que llegan hasta el *Decretum Gratiani* es muy superior.

La autora, bien conocida por el resto de sus trabajos y en particular por los que dedicó a los sínodos franceses del siglo XIII, merece todos los parabienes por este nuevo y excelente instrumento de trabajo que pone en nuestras manos.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

ROUDIL, J.: *Jacobo de Junta el de las Leyes. Oeuvres, 1: Summa de los nueve tiempos de los pleitos. Edition et étude d'une variation sur un thème* (Annexes des Cahiers de linguistique hispanique médiévale 4; Paris, Klincksieck, 1996), 513 págs.

El presente libro contiene el primer volumen de un programa de investigación que promete como fruto la edición y estudio de las obras de Jacobo de Junta, denominado también *el de las Leyes*. Como es sabido, las obras de dicho autor, hasta ahora conocidas, son el *Dotrinal* (que constituirá el segundo volumen de esta serie), *Flores de Derecho* (al que estará dedicado el volumen 3) y la *Summa de los nove tiempos de los pleitos*, a la que se consagra el presente volumen.

El presente libro se abre con un estudio biobibliográfico de Jacobo Junta. Continúa con la descripción de los manuscritos de la *Summa de los nove tiempos de los pleitos*, que suman seis códices (cinco castellanos y uno de la versión portuguesa). Sigue una edición sinóptica de la dicha *Summa*, que consiste en la transcripción paleográfica de cada uno de los manuscritos y su presentación simultánea o sinóptica en cinco líneas paralelas, que permiten ver de modo intuitivo las coincidencias y diferencias de cada uno de los testigos del texto. No entra en esta edición el manuscrito de Nueva York, que tuvo la suerte de descubrir en 1963, y que el Autor también transcribe aparte. En realidad se trata de un texto mutilado con respecto al de los otros códices. Seguidamente realiza el Autor un amplio estudio filológico de toda esta tradición manuscrita (variantes de uso gráfico, de léxico y de gramática, para concluir con un índice de las formas que emergen del manuscrito portugués (este capítulo aparece bajo la autoría del conocido especialista portugués José de Azevedo Ferrer y otro con las de los castellanos). En otro apartado se dan facsímiles de fragmentos de las siguientes piezas, relacionadas con el argumento del presente volumen: *Libellus de ordine iudiciorum* de Juan Basiano, *Libri de iudiciorum ordine* de Pillio y otros, Pedro Hispano y otros manuscritos españoles, *Summa aurea de ordine iudiciario* que aparece en un manuscrito de Sevilla atribuido a Fernando Martínez de Zamora, Bartolo de Saxoferrato, el doctor Juan Infante y Torcuato Toría de la Riva. El volumen se cierra con una amplia lista de fuentes y bibliografías relacionadas con el tema de este libro.

La edición y estudio que aquí se contiene está concebida y realizada desde el punto de vista y desde los postulados de la filología. No contiene, por consiguiente, un estudio de la institución o instituciones procesales. Pero aun así, es enormemente útil para los historiadores del derecho o de otras especialidades, porque por primera vez aparece un texto que refleja todos los matices de los diferentes

testigos de la tradición manuscrita de la *Summa de los nove tiempos de los pleitos* de Jacobo Junta. En todo caso, sería deseable un aparato de fuentes en que más directamente se inspira el texto de esta *Summa*. Esto sería útil no sólo a los historiadores del derecho sino también a los estudiosos de otras historias sectoriales. Quizá este caso se presta como pocos a un amplio diálogo entre filólogos e historiadores del derecho, en orden a poner de relieve los aspectos interdisciplinarios que subyacen en estos textos, comenzando con el modo de editarlos de la forma más útil para ambas especialidades.

El autor de este libro ha escogido un gran tema, porque se sitúa justamente en el momento histórico en que la lengua de Castilla comenzó a ser vehículo adecuado de expresión del pensamiento culto, sustituyendo al latín que imperaba en entonces en toda Europa. Ha sabido también interrogar estos textos con imaginación, lo que le ha permitido formular nuevas cuestiones y aportar nuevos elementos de juicio para las ya formuladas. Imposible intentar aquí una síntesis, aunque sea breve, de todos y cada uno de los aspectos que aquí se estudian.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

SÁNCHEZ-BELLA, Ismael: *Dos estudios sobre el Código de Ovando*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1987, 217 págs.

La colección HISTORICA del *Studium Generale Navarrae* publica los trabajos dedicados por el prestigioso americanista e historiador del Derecho, Ismael Sánchez-Bella a los títulos sobre «las descripciones, averiguaciones y relaciones» de Indias y «los nuevos descubrimientos, poblaciones y pacificaciones» en el nuevo continente, que formaban parte del proyecto de recopilación del Derecho indiano, preparado en el Consejo bajo la presidencia y dirección de Juan de Ovando (1571-1575), tras su visita.

El autor dedica sus estudios en ambos casos a profundizar en la génesis y el contenido de las normas jurídicas y a abordar la aplicación de las dos ordenanzas, reproduciendo en apéndice la relativa a «las descripciones», cuyo registro en los cedularios del Consejo de Indias, copia por tanto fehaciente, permanecía hasta ahora inédito.

Con los dos trabajos se profundiza en el conocimiento de la labor legislativa del período de Ovando, que en 1978 se amplió gracias al libro de A. Martín González: *Gobernación espiritual de Indias. Código ovandino. Libro I*, publicado en Guatemala por el Instituto Teológico Salesiano.

En esta línea, los estudios de Sánchez-Bella demuestran con minuciosidad cómo supo aprovecharse bajo su presidencia en el Consejo de Indias la tradición normativa para el Nuevo Mundo, adaptándola a las necesidades de la «crisis de crecimiento» de 1558, gracias a los esfuerzos de la burocracia consiliar, dirigidos por el secretario de la visita y después primer cosmógrafo-cronista Juan López de Velasco. Constituye un incuestionable logro en la Corte de Felipe II, que en el caso de las descripciones fijan sistemáticamente una tarea preestablecida, base para el posterior reformismo de Carlos III.

En lo relativo a la aplicación de los dos textos normativos se manifiesta una vez más la erudición documental y bibliográfica del autor al recopilar datos que muestran un panorama comparativo de estudio. Se engarzan en una clara exposición, que evidencia las posibilidades en el cumplimiento de las «ordenanzas de descubrimientos, poblaciones y pacificaciones» en un universo indiano tan distinto y fragmentado aún en los aspectos más inmediatos de la conquista; en cuanto al «título de las descripciones» prevalece su existencia efímera dada la complicada pormenorización de su texto.

Del conjunto del trabajo se desprenden los objetivos y los límites de la labor legislativa coordinada por Ovando. Si, de un lado, prepara los despachos adecuados para remediar «que en el Consejo se tiene, si puede tener noticia, de las cosas de las Indias sobre que puede y debe caer la gobernación», además de que falta general conocimiento «de las leyes y ordenanzas, por donde se rigen y gobiernan todos aquellos estados»; de otro, concluye de manera desproporcionada que «en la mayor parte de las Indias está la república formada y política», dispuesta a recibir «una misma Ley, para que en todas partes vayan en una misma consonancia y conformidad». El transcurso del tiempo, tan necesario para observar con precisión el pasado, nos legará en frase de otro compilador de leyes, Antonio de León Pinelo, que «no se halla que esta recopilación (la ovandina) llegase nunca a tener forma, antes parece que, *venciendo la dificultad al intento, se fue olvidando*».

FERNANDO MURO ROMERO

SCHWAIBOL, M.: *Brocardica «Dolum per subsequencia purgari»*. *Eine englische Sammlung von Agumenten des römischen Rechts aus dem 12. Jahrhundert* (Ius commune, Sonderhefte 25; Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1985), XII+167 págs.

El presente libro contiene un estudio y edición de unos brocarda, que por su primera rúbrica se denominan «Dolum per subsequencia purgari». Como los lectores sin duda ya saben, los *brocarda*, *brocardica* o *generalia* son un género jurídico-literario, que nace en el siglo XII, y cuya estructura consiste en el enunciado de unos principios generales de derecho, con alegación de las razones en *pro* y en *contra* de cada uno de ellos. Más dudoso resulta el sentido etimológico de las palabras *brocardum*, *brocarda* o *brocardica*, del que se han hecho varias tentativas conjeturales de explicación, haciéndolas derivar de Burcardo de Worms, de *pro* y *contra* (*procardum* = *brocardum*), etc. La serie de que trata este libro se compone de 160 rúbricas, donde merece resaltarse, como el autor ya lo hace, el hecho de que aquí tenemos un tratamiento del dolo en la segunda mitad del siglo XII, realizado fuera de Bolonia y de Italia. De esta obra se conocen seis manuscritos, todos ellos conservados en Inglaterra (Cambridge, Durham, Lincoln, London, Worcester) menos uno localizado en Suecia (Estocolmo), es decir, en el área más septentrional del reinado del derecho romano en el medievo que se extendió hacia el norte eu-

ropeo más que el imperio romano en su día. La presente monografía es modélica en su género y honra la prestigiosa serie en donde aparece publicada. Aparte de ir hasta el fondo del tema propuesto, las cualidades que más resaltan en este libro son su buena organización y la concisión y sobriedad en el desarrollo de los resultados obtenidos en el análisis de las fuentes utilizadas. Un mérito metodológico digno de especial mención es el sistema que ha seguido para la edición de estos *brocarda*, que se presentan fragmentariamente en cada manuscrito, y en varias recensiones en las rúbricas que se transmiten a través de más de un códice. El autor ha sabido resolver este problema ofreciendo una edición muy inteligible, incluso para profanos en estos temas, meta que no siempre obtienen en estos casos los más expertos editores.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

SCHWOBEL, H.: *Synode und König im Westgotenreich. Grundlagen und Formen ihrer Beziehung* (Dessertationen zur mittelalterlichen Geschichte 1; Köln-Wien, Böhlau Verlag, 1982), 175 págs.

El presente libro fue la disertación de su autor presentada en la sección de ciencias históricas de la Philipps-Universität de Marburg (Alemania Federal) en el semestre de verano de 1973. La bibliografía en que se basa no era exhaustiva en 1973, y lo es menos al publicarse diez años más tarde, como fácilmente puede verse por la obra de J. Orlandis y D. Ramos Lissón, *Die Synoden auf der Iberischen Halbinsel bis zum Einbruch des Islam (711)* (Konziliengeschichte Reihe A: Darstellungen; Paderborn, 1981), que constituye la mejor exposición de conjunto sobre los concilios visigóticos.

El presente libro trata de los presupuestos y condiciones en que se desenvuelven las relaciones entre los concilios visigóticos como supremo órgano eclesiástico por un lado, y el rey como cúpula del poder del reino. El contenido de este estudio se desarrolla en cuatro capítulos o apartados principales, precedidos de una introducción sobre las relaciones entre la Iglesia y la monarquía en su etapa arriana. En el primer apartado se ocupa el autor del concepto de concilio general del reino o concilio nacional en el reino visigótico y sus características, del concilio provincial y de las actas conciliares.

El segundo apartado se dedica a las circunstancias extrínsecas de estos concilios generales, como son la lista o número de los mismos, lugar y fecha de celebración, la convocatoria por el rey y la participación tanto de clérigos como de laicos.

El tercer capítulo contempla el desarrollo de las sesiones conciliares (presidencia, dirección o moderación, ceremonial, momentos culminantes de la celebración, la exhortación y el tomo regio dirigido por el monarca al concilio).

El cuarto y último apartado versa sobre las decisiones y decretos conciliares, de su elaboración y redacción, de la intervención eclesiástica y regia en todo este

proceso, de la validación jurídica tanto por parte de la Iglesia como por parte del rey.

Completan esta disertación dos apéndices sobre la relación del emperador de Bizancio con los concilios ecuménicos de Oriente y sobre la participación de los laicos en tales asambleas, lo cual resulta oportuno como término de referencia, ya que los concilios visigóticos en parte coinciden y en parte se alejan del modelo bizantino

Esta publicación está presentada a imprenta sólo en sus cubiertas, portada y contraportada. El resto se presenta dactilografiado en forma cuidada, aunque el ejemplar que tengo ante la vista tiene alguna página en blanco.

Como juicio general sobre esta publicación, es justo poner de relieve su buena sistemática. El tratamiento resulta algo esquemático. Hay en estas fuentes matices que no sé si se tienen debidamente en cuenta. Así, por ejemplo, los concilios visigóticos no se nos transmitieron en tradición manuscrita directa. Su texto llegó hasta nosotros mayormente a través de las colecciones canónicas y particularmente de la Hispana cronológica. Es éste un detalle que tiene importancia para la crítica textual y utilización consiguiente de los textos. La misma conclusión general a que llega el autor, de que los concilios generales visigóticos eran concilios regios o del reino, ha sido formulada ya varias veces y se parece más a una creación historiográfica que a una realidad histórica. Sólo el rey convocaba el concilio general, pero sólo el metropolitano más antiguo y desde un cierto momento el de Toledo lo presidía. La Iglesia y el reino colaboran, pero no se confunden ni identifican. Según el poder fáctico de cada momento, predomina la una o la otra de estas dos instituciones. En otra ocasión, me ocupé más extensamente de este tema, a propósito del juramento de fidelidad, lo que me exime de entrar aquí en más detalles (cf. *Corpus hispanorum de pace* 18, Madrid, 1979, pp 448-490)

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

SELMINI, Rossella: *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, Milán, Giuffrè Editore, 1987, 204 págs.

Desde una perspectiva feminista que precisamente demuestra su capacidad para traer a la luz caras oscuras de la historia, se aborda un delito caracterizadamente femenino como es el infanticidio. En portadilla un subtítulo honestamente advierte la delimitación del estudio: *Esame di 31 processi per infanticidio giudicati dalla Corte d'Assise di Bologna dal 1880 al 1913*; tal limitación, y un apéndice de regesta, ayuda aquí a la observación. Aparte de que ésta ya sabe trascender el caso, un capítulo más general inductoriamente se asoma, y no más, a la formación y evolución de este tipo delictivo a lo largo del XIX.

B. CLAVERO

SERRANO DELGADO, José Miguel: *La colonia romana de «Tucci»*, Martos (Jaén), Asociación Artístico-Cultural Tucci, 1987, VII + 139 págs. Prólogo de José María Santero Santurino.

En el convencimiento de ser la vía más adecuada para la reconsideración del proceso de romanización en Hispania, la obra de José Miguel Serrano forma parte de un esfuerzo colectivo en el que desde hace años se afana el Departamento de Historia Antigua de la Universidad de Sevilla, y cuyo objeto inmediato es la realización de estudios monográficos sobre los núcleos coloniales de la Bética. Vía adecuada, sin duda, y también transitable gracias sobre todo a los testimonios epigráficos, fuente fundamental del autor. Las inevitables lagunas y tractos mudos de la historia de la *Colonia Augusta Gemella Tucci* obligan a un sólido conocimiento bibliográfico para la solvente propuesta de hipótesis que se sitúen al socaire de tachas de gratuidad o falta de fundamento. Se nos ofrece así un cuadro, todo lo completo que la parquedad de las fuentes permite, de las creencias religiosas, la estructura socio-familiar y el marco institucional tuccitanos. La localización geográfica de la colonia, un detallado estudio toponímico, y un recorrido por sucesivos períodos de la evolución histórica de Tucci agotan el índice temático y el elenco de respuestas de que las fuentes son capaces. En el de preguntas, inmensamente más amplio, abundan fatalmente las carentes de toda posible contestación.

JESUS VALLEJO

STELLA, P.: *Atti e decreti del concilio diocesano di Pistoia dell'anno 1786*, 1: *Ristampa dell'edizione Bracali*, 2: *Introduzione storica e documenti inediti* (Biblioteca storica toscana. Sezione di storia del risorgimento 9; Firenze, Leo S. Olschki, 1986) x-255-143-29 y VI-697 págs.

Como es sabido, el sínodo o concilio diocesano de Pistoia fue en realidad un sínodo diocesano de la diócesis de Pistoia-Prato, convocado por el obispo Scipión de Ricci, dentro del cuadro ambiental de la política iluminística del príncipe austriaco Pedro Leopoldo I, gran duque de Toscana de 1765 a 1790. El sínodo se celebró del 8 al 28 de septiembre de 1786. Tiene extraordinaria importancia en la historia del jansenismo, que comienza en Lovaina; hace gran impacto en Port-Royal y en Utrecht, representando Pistoia el cuarto acto de este movimiento. El obispo Ricci compartía las ideas jansenistas, que aparecen plasmadas en los decretos de este sínodo, el cual sigue la línea de pensamiento del jansenismo, del galicanismo francés y del josefinismo austriaco. En él se reciben los cuatro artículos galicanos de 1682, basa la autoridad suprema de la Iglesia en el consentimiento de su cuerpo como un todo, y la de los obispos en el consentimiento de su clero reunido en sínodo, y sostiene por otra parte que la autoridad de un obispo diocesano es independiente de la del papa, y exalta el poder civil. Suscitó no po-

cas expectativas y encontró también no sólo la condenación del papa, sino también el desagrado popular de un amplio sector. Pío VI, por la bula «Auctorem fidei» (28 de agosto de 1794), condenó el sínodo como herético, y se retractaron no pocos de los protagonistas del mismo, entre ellos el obispo Ricci. Sin embargo, hay que reconocer que el sínodo de Pistoia propugnó no pocas reformas que eran no sólo oportunas, sino incluso necesarias en la Iglesia. Algunas de sus decisiones más parecen del Vaticano II que de un sínodo herético. Así, por ejemplo, decretó que hubiese un solo altar en cada iglesia, una sola misa cada domingo, desechó el uso del latín en la liturgia en favor de la lengua vulgar, concedió gran importancia a los medios de comunicación social, defendió una teología de la fe más basada en la Escritura y en la tradición, una puesta al día de la catequesis y de la formación sacerdotal, etc.

En poco tiempo se hicieron varias ediciones del sínodo en diferentes idiomas: latín, italiano, francés, alemán, y al parecer una edición española de la que no se ha podido localizar ningún ejemplar. Debido a la condenación, los ejemplares de este sínodo se han vuelto verdaderas rarezas bibliográficas, por lo que es difícil no sólo contar con alguno, sino que es todavía más difícil poder comparar el texto de varias ediciones o de varias versiones. De ahí la oportunidad de esta excelente monografía que ofrece una reproducción anastática de la edición de Atto Bracali (1786), con índices y numeración marginal (para facilitar la citación de este texto) y una fe de erratas por el autor de este libro. El segundo volumen recoge una amplísima documentación, en parte impresa y en parte inédita, relativa al sínodo que proyecta nueva luz sobre el sínodo en general y el texto de sus decretos en concreto. En este volumen se realiza asimismo un estudio del desarrollo del sínodo, basado en esta misma documentación que acabamos de aludir. Unos buenos índices permiten la rápida localización de cualquier argumento o persona que tenga algo que ver con el sínodo de Pistoia.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

SZABÓ-BECHSTEIN, B.: *Libertas Ecclesiae. Ein Schlussbegriff des Investiturstreits und seine Vorgeschichte, 4-11. Jahrhundert, Studi Gregoriani* (LAS, Piazza Ateneo Salesiano, 1; 00139 Roma), 12 (1985), xxxiv + 239 págs.

La presente monografía ocupa toda la annata de la revista *Studi Gregoriani* correspondiente al año 1985. El presente libro consta de tres capítulos o apartados, de los cuales los dos primeros son introductorios, y el tercero constituye el cuerpo de este estudio. En el primero trata la autora de las reclamaciones de la *libertas apostolicae fidei*, que, desde S. León Magno, surgen en el contexto de las luchas contra las herejías. En el segundo se ocupa de la *libertas* en los privilegios de los monasterios de aquella época. En el mismo contexto de las relaciones con los monasterios se habla también de la *libertas episcopalis* y de la *libertas romana*. En el tercer y principal apartado se habla de la libertad de la Iglesia en el siglo XI, co-

menzando por el estado de la cuestión pregregoriano, estudio de la cuestión en Gregorio VII, y reacciones inmediatas a las reclamaciones de dicho Papa en pro de la libertad de la Iglesia.

Es éste un tema sobre el cual hay una amplia bibliografía, que la autora reseña y tiene en cuenta. Su mérito principal radica en una nueva lectura de las fuentes, que le ha permitido ofrecer un tratamiento renovado de toda esta cuestión. En ella es fácil darse cuenta de los distintos conceptos de libertad eclesiástica y de los matices de cada uno de ellos. Por ejemplo, Enrique IV afirmó que luchaba por la *libertas ecclesiarum*, mientras que Gregorio VII decía que luchaba por la *libertas Ecclesiae*. Es obvio que cada una de las dos partes contendientes tenía de la libertad una idea algo diferente que la otra. Concretamente en Gregorio VII, se habla, según los casos, de la libertad eclesiástica desde un triple ámbito: como dependencia de Dios y de su representante el Papa (libertad trascendente), de la superioridad o privilegio concedido al Papa en Mt. 16,18-19 (libertad jurídica), y la libertad de toda injusticia (libertad en general). Como es sabido, la expresión *ecclesiastica libertas* como sinónimo de inmunidades personales y reales de la Iglesia y de los clérigos hará correr todavía ríos de tinta durante todo el resto de la Edad Media. El concepto se remodela todavía en el Renacimiento en el cuadro de los concordatos y patronatos de las monarquías absolutas con la Iglesia, por lo que sigue manejándose este término hasta el final del antiguo régimen por lo menos. La autora dice, con razón, que la *libertas ecclesiastica* es un concepto clave de la lucha de las investiduras en la era gregoriana del siglo XI. Aunque sea con significado diferente, sigue siéndolo en el resto de la Edad Media.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

VALLONE, G.: *Iurisdictio domini. Introduzione a Matteo d'Afflitto ed alla cultura giuridica meridionale tra Quattro e Cinquecento* (Collana di studi storici e giuridici, 1; Lecce, Milella, 1985), 221 págs.

El autor de esta obra parte de la constatación de que la propiedad de la tierra o su dominio feudal le confería poderes de justicia sobre la misma. La infeudación de un territorio, según los *Libri feudorum*, convertía al señor feudal en *iudex ordinarius* de todas las controversias surgidas por razón del feudo. Este principio fue concebido con rigidez justamente por la literatura decretalística, como emerge de las obras del canonista meridional Goffredo de Trani, por Sinibaldo Fieschi (futuro Papa Inocencio IV) y por Enrique de Susa (cardenal Ostiense). El mismo rigor se encuentra en las obras de los civilistas que se ocuparon de feudística desde Pillio de Medicina hasta Jacopo d'Ardizzone: el señor feudal no tenía otra jurisdicción que la destinada a dirimir las controversias sobre el feudo. Solamente cuando se infeudaba un *castrum*, se ampliaba el poder de justicia a toda la jurisdicción civil, pero esto se debe a que la naturaleza del *castrum* era tal que *in se continet jurisdictionem*.

Entretanto, también los grandes señores fundiarios ejercitaban poderes de justicia sobre sus dependientes fundiarios (de cuyas diferentes categorías el autor conscientemente no se interesa), y es ésta, junto con la del *castrum*, la única figura de *jurisdictio coherens territorio*. Tal es, en síntesis, el contenido del capítulo 1.

Durante la monarquía de los suabios, el reino de Sicilia no contradice estas experiencias que emergen de la literatura jurídica o de la praxis coetáneas. Es más, acentúa incluso el rigorismo. El autor demuestra la presencia en el *Liber Augustalis* de un reconocimiento de la justicia dominical (*L. Aug.*, lib. 3, 6-11). Pero las controversias sobre feudos son sustraídas a los señores feudales y avocadas a los órganos regios. Resulta, pues, sorprendente que varios historiadores hayan podido asignar a la legislación fridericiana un reblandecimiento jurisdiccional en favor de la feudalidad. Trátase, como creo que el autor demuestra, de un simple error. Dicho reblandecimiento se debe a un capítulo de Carlos I de Anjou del 1282. Poco después Andrea d'Isernia, cuya figura es ampliamente ilustrada en este estudio, formuló la teoría del *baro iudex ordinarius (in civilibus) in terris suis* en virtud del simple hecho de la infeudación (cap. 2).

El salto de la edad suabia a la de los Anjou no podía ser más drástico. La situación empeoró todavía, llegando su punto culminante cuando Alfonso I de Aragón, para garantizar la sucesión del hijo natural Ferrante, concedió en 1443 amplios y generalizados privilegios a la feudalidad. Pero la edad aragonesa es también el período en que surgen opuestas experiencias realísticas y centralísticas, como la creación de los *Grandi Tribunali*. Justamente en este clima se formó el gran jurista Matteo d'Afflito, cuyas propuestas de contención del poder feudal son ampliamente tratadas en este tercer capítulo.

La praxis siguió esta tendencia antifeudal, llegando a considerar las sentencias emanadas de los tribunales feudales también en tercera instancia, como sentencias de primer grado y, por consiguiente, sujetas a la apelación en los tribunales regios (cap. 4).

La vía del derecho público moderno pasa por consiguiente (a tenor de la experiencia de la Italia meridional) a través de la experiencia de los *Grandi Tribunali*, y la contención de la justicia feudal y dominical, que representa la otra justicia.

Se cierra esta bien concebida y bien realizada monografía con algunas precisiones de tipo cronológico sobre Marino da Caramanico, Andrea d'Isernia, Jacopo de Belviso y Antonio Capece.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

VARIOS AUTORES: *A Catalogue of Canon and Roman Law Manuscripts in the Vatican Library* compiled at the Institute of Medieval Canon Law under the direction of Stephan Kuttner, with the aid of the Deutsches Historisches Institut (Rom) under the direction of Einhard Elze (Studi e Testi 322; Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1986) xxxiv-334 págs.

El presente volumen contiene la descripción de 235 manuscritos jurídicos que se hallan entreverados en el fondo *Vaticani Latini* de la Biblioteca Vaticana, entre el número 541 y 2299. Trátase, por su cantidad y calidad, de manuscritos realmente importantes, que durante siglos fueron consultados por distinguidos estudiosos, pese a que se carecía de un catálogo impreso de los mismos. Entre esta élite de usuarios de algunos de estos códices se cuentan los *Correctores romani* editores del *Corpus iuris canonici* (1582), los editores asimismo romanos de los *Concilia generalia* (1608-1612), los hermanos Ballerini en el siglo xvii, los investigadores alemanes del siglo xix Bluhme, Merkel, Hinschius, desde Mommsen hasta Maasen, Seckel, Turner, así como el francés Fournier, el italiano Patetta, etc. Varios intentos de catalogación de estos códices acariciados desde la década de los años treinta de este siglo, a cargo de Gino Borghezio y de Louis Guizard, no pasaron del estadio de fichas manuscritas, que además tampoco cubren más que una parte del total de manuscritos a que estamos aludiendo. En 1937 se llegó a un acuerdo entre el entonces Prefecto de la Biblioteca Vaticana (Alphonse Raes) y Stephan Kuttner (Presidente del Institute of Medieval Canon Law y Director de la Robbins Collection, ambas entidades radicadas en la School of Law de la Universidad de California/Berkeley), por el cual la segunda de las entidades indicadas recoge en microfilm los manuscritos Vaticanos Latinos con materiales de derecho romano y canónico hasta el fin de la Edad Media. El citado Institute of Medieval Canon Law se comprometía a preparar un catálogo de dichos códices, destinado a aparecer eventualmente en la serie *Studi e Testi* de la Biblioteca Vaticana. Este volumen primero del mencionado catálogo, al que seguirán otros, representa el primer fruto maduro de un largo camino, donde se hizo camino al andar, como diría el poeta. Directa o indirectamente colaboraron en esta tarea 53 estudiosos de América del Norte y de Europa, cuyos nombres no vamos a especificar aquí, porque ocuparían un espacio del que desafortunadamente no disponemos. Unos se ocuparon de la coordinación, otros, de la computerización de los resultados de esta tarea; otros, de la descripción de cada manuscrito; otros fueron consultados aprovechando su paso por la sede del Instituto y de la Colección antes indicados, otros, en fin, prestaron su asistencia técnica. Tampoco es posible descender aquí a una descripción, siquiera sea sumaria, del contenido de los códices, que consiste en colecciones legales (civiles y canónicas), concilios, tratados jurídicos de todo tipo, y, en una palabra, todo aquello que razonablemente puede entrar dentro de lo que el título sugiere. Muchos de estos códices, como indicamos, eran ya conocidos por algunas de sus piezas, mientras contenían otras que nadie había consultado. Otros no parece que hubiesen sido consultados por nadie previamente. En estos últimos se conservan asimismo innumerables escritos co-

nocidos, al lado de un número bastante considerable de obras todavía inexploradas. Quienquiera que se haya ocupado de la descripción de códices en general y de jurídicos en concreto sabe por propia experiencia que se trata de una tarea erizada de dificultades de todo género, que afectan tanto al fondo como a la forma de esta labor y de su presentación editorial. Desde contentarse con una descripción puramente formal de un determinado código hasta realizar sobre el mismo un estudio monográfico exhaustivo, hay muchas posiciones intermedias. La elegida por los responsables del presente catálogo es enteramente satisfactoria, ya que contiene todos los elementos que un estudioso puede razonablemente exigir en estos casos y, por otra parte, no pisa el terrero a sus futuras investigaciones. Los autores de esta ingente labor merecen por ello, y sin duda lo tendrán, todo el agracedimiento de los estudiosos del derecho común romano-canónico medieval, que desde este primer volumen encontrarán en este excelente instrumento de trabajo una insustituible ayuda.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

VARIOS AUTORES: *Actes du «Workshop». Terminologie de la vie intellectuelle au moyen âge*, Leyde/La Haye, 20-21 Septembre 1985. Édités par Olga Weijers (La Haye, CIVICIMA, 1986), 117 págs.

CIVICIMA es abreviación o siglas de «Comité international du vocabulaire des institutions et de la communication intellectuelles au moyen âge», que se constituyó como grupo internacional durante la mesa redonda a que alude el frontispicio del fascículo que aquí presentamos. El objetivo de este Comité aparece suficientemente expresado en el título que queda indicado. Trece de los asistentes a este primer congreso constitutivo leyeron otras tantas comunicaciones, que dieron lugar a un animado diálogo que sirvió para fijar los criterios que presidirán los trabajos futuros. Dicho diálogo se encuentra resumido en las páginas 111-115 de este fascículo. He aquí los títulos y autores de dichas comunicaciones: «La sistemática y la teología moral según Arnold Geilhoven» (A. G. Weiler), «Algunas dificultades de naturaleza lingüística en el vocabulario de Gilbert de la Poirée» (L. M. de Rijk), «Interés del análisis de los términos para el estudio de la historiografía medieval» (N. Lettinck), «Léxicos latino-franceses del medievo» (J. Monfrin), «La especificidad del vocabulario universitario del siglo XIII» (O. Weijers), «Problemas terminológicos ilustrados por los ejercicios de la facultad de artes en Oxford al final de la Edad Media» (J. Fletcher), «Interpretación analógica de los términos de derecho romano en derecho canónico medieval» (E. C. Coppens), «La terminología de las facultades ibéricas medievales» (A. García y García), «*Legum doctor, legum professor y magister* como términos para designar juristas en la Edad Media» (R. Feenstra), «*Collatio y reportatio* dos vocablos específicos de la vida intelectual en el medievo» (J. Hamesse), «La terminología de la biblioteca en Bologna en los siglos XIII-XIV» (F. P. W. Soetermeer), «El texto intelectual, su forma física y los términos del oficio» (J. P. Gumbert), «*Lessico Intellettuale europeo*. In-

investigaciones sobre la terminología intelectual del medievo» (T. Gregory). La mesa redonda a que aquí se alude estuvo organizada y presidida por R. Feenstra, L. M. de Rijk y O. Weijers. La sede de la secretaría del CIVICIMA es *Prins Willem Alexanderhof 5; 2595 BE DEN HAAG; Holanda*. Aunque el presente fascículo polycopiado no tiene más pretensiones que la de constituir una introducción y anuncio de futuros trabajos de mayor empeño, en esta colección de breves artículos se contienen numerosas e interesantes aportaciones, que no es ésta la sede para describirlas en detalle.

F. CANTELAR RODRÍGUEZ

VIGIL, Mariló: *La vida de las mujeres en los siglos XVI y XVII*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1986, 261 págs.

Se desenvuelve esta tesis bajo el entendimiento de que «la Historia de las mujeres se inserta, sobre todo, en la Historia de la vida cotidiana». La mayúscula de historia ya anuncia una nueva unción trascendente a la propia ciencia a la par que la designación de objeto contiene su particular mensaje. éste de la vida llamada cotidiana sería históricamente el terreno de una resistencia femenina al dominio de los hombres

Sobre tal supuesto, y mediante una elemental tipología de condiciones de la mujer, se entra en testimonios de la literatura de época, de la creativa a la religiosa, salvo la jurídica. El cuadro resulta vivo por sugerente, útil por indiciario, de profundidad ya limitada por su método. La estructura social de dicha misma dominación masculina, con todas sus peculiaridades en estos siglos, no se sabe por qué se le mantiene ajena a la vida, cotidiana si se quiere, de las mujeres

Y no creo que se trate de opciones metodológicas. Encierra sus exigencias cada objeto; a veces, jurídicas. Sin historia del derecho, no habrá historia feminista, con minúscula se entiende.

B CLAVERO

VISMARA, Giulio: *Scritti di storia giuridica, 1: Fonti del diritto nei regni barbarici*, Milán, Giuffrè, 1987, 612 págs.

Primero de una serie prevista de siete, este volumen recoge la obra de Vismara sobre las fuentes romanogermánicas. El lector agradece siempre, desde luego, que iniciativas como la presente faciliten la consulta de materiales de mérito reconocido, pero cuando, como es el caso, los mismos se ven enriquecidos mediante la inclusión de bibliografía reciente y la factura de unos impecables índices de fuentes y autores —este último, en defecto de una relación de literatura secundaria probablemente impropcedente por el carácter misceláneo de los *Scritti*, vehículo para la consulta de las últimas aportaciones tenidas en cuenta por el autor—, el agradecimiento por la comodidad cede ante la rentabilidad científica de la recopilación

Recopilación de trabajos muy conocidos, abarcando el amplio panorama de las *leges barbarorum*: «Edictum Theodorici» (pp. 1-338), «Fragmenta Gaudenziana» (pp. 339-389), «Gli editti romani dei re vandali» (pp. 391-429), «Rinvio a fonti di diritto penale ostrogoto nelle *Varie* di Cassiodoro» (pp. 431-450), «Cristianesimo e legislazione germaniche. Leggi lomgobarde, alamanne, bavare» (pp. 451-511), «Le fonti del diritto romano nell'alto medioevo secondo la più recente storiografia (1955-1980)» (pp. 513-546), «Il diritto in Italia nell'alto medioevo» (pp. 547-564), más los mencionados índices de autores (pp. 603-608) y fuentes (569-602) y de manuscritos (p. 567). Se trata de aportaciones al *Ius Romanum Medii Aevi*, a congresos de Spoleto, a homenajes o a revistas de la especialidad. Y es en relación a los primeros, a las polémicas atribuciones de ciertas fuentes al reino visigodo de Tolosa, que el especialista apreciará mejor la utilidad de la recopilación de «contributi . completamente rinnovati, altri aggiornati» habla Vismara en la escueta presentación del volumen, constituyendo muestra de la anunciada renovación la labor de comentario y toma de posición ante las opiniones encontradas que suscitó la publicación original de los estudios, ahora en ellos recogida.

CARLOS PETIT

VISMARA, Giulio: *Storia dei patti successori*, Milán, Giuffrè, 1986 (reimpresión de 1941), 850 págs.

Noticia es, sin embargo, que la *Storia dei patti successori* del gran Giulio Vismara (1941) haya sido objeto de una nueva edición por acuerdo de la Facultad de Jurisprudencia de Milán (preside Schioppa). No es necesario decir nada de su contenido, pues esa obra tuvo la fortuna y tuvimos nosotros de que a su tiempo fuera objeto de una auténtica recensión por Juan Francisco López en este Anuario XV, 727-736. Se le deben ésta y otra también muy detallada reseña de los volúmenes I y II de los *Anales de la Academia Matritense del Notariado* en el volumen XVII, 1946, 1087-1105, un momento feliz de comunicación y acentuada vocación por el derecho privado en nuestra Asignatura, que francamente entonces nos ahorraba lectura y de éstos y de aquel monumental volumen de 760 páginas. Se debe el incremento de ellas a un valioso índice de fuentes o libros de derecho, que facilita otra perspectiva de la cuestión: la que interesa a una historia general del derecho. Entonces deseábamos obtener de esa obra una contribución a lo que en aquel momento fue dominante aspiración de la Escuela: la historia del derecho privado, de la que José Maldonado fue no sólo principal inspiración, sino también el más esforzado obrero. Una mera ojeada a la monografía sobre los pactos sucesorios causaba a la vez admiración y desaliento, pues con todo aquel aparato que se remontaba a los derechos orientales y profundizaba en el derecho romano y bizantino para alcanzar el derecho longobardo y el derecho común, apenas si podía servir de prolegómeno a nuestro propio derecho. Los libros de derecho romano medieval y municipal italiano constituían la base del estudio. Pero lo impresionante era la inmensa mole de documentos de aplicación que mediante una labor constructiva de impecable técnica lograba una sólida y armoniosa visión siste-

mática. El lector español hoy comprueba en ese vasto conjunto las codiciadas referencias al Código de Eurico, al Breviario de Alarico, a las Fórmulas Visigóticas y a la *Lex*, pero entonces deprimía prever el largo camino que faltaba para desarrollar el tópico no ausente del espléndido boceto que fue la aportación de Rianza al *Manual* con García Gallo (1935, números 616, 624) En estos cuarenta años la tarea de Vismara ha continuado incansable y fecunda. De ella destacaremos su intento discutido pero no menos sugestivo de entregar al marco del derecho hispánico el Edicto de Teodorico. Ha sido un acierto de la Facultad mediolanense reproducir y dar a nuestra época esta pieza de maestría juvenil en la que yacen eficaces lecciones de método y espíritu.

R. GIBERT

ZIMMERMANN, Michel: *Un formulaire du X^{ème} siècle conservé a Ripoll*, en *Estudis sobre textos i coders medievals de Catalunya*, I (Editorial Humanitas, Barcelona, 1983), págs. 25-86.

Creemos oportuno señalar el interés de este trabajo del profesor Zimmermann, centrado en el conocido formulario catalán conservado en el manuscrito 74 del fondo de Ripoll (fols. 145 v^o a 156) del Archivo de la Corona de Aragón. Aunque descrito ya anteriormente por diversos autores, su contenido sólo se conocía de modo parcial por las diversas piezas que habían dado a luz, primero García Villada, *Formularios de las Bibliotecas y archivos de Barcelona* (Anuari de l'Institut d'Estudis Catalans, IV, 1911-12, págs. 533-552), y más tarde Rius Serra, *El Cartulario de Sant Cugat del Vallés*, volumen I (1945), páginas XXXI y siguientes. Ahora se nos da una edición diplomática íntegra y depurada con oportunas anotaciones a las referencias escriturísticas. Pero el mérito principal de la presente aportación radica en el estudio previo realizado del texto recogido situándolo en el debido espacio y momento cultural, intentando precisar su origen y formación, y, principalmente, su efectiva utilización. Para el autor, el formulario sería compuesto en Ripoll hacia los años 960-980, apuntando la posible inspiración del conde-obispo Miró Bifilly del abad Guidiselo, por lo menos para varias fórmulas (elección de abad, consagración de iglesias), ideadas por ellos para actos concretos. Otro grupo de fórmulas se reconduciría a anteriores colecciones de fórmulas francas, pero no de un modo directo y pleno, sino más bien a un fondo común de la literatura de preámbulos, por lo que concluye atribuyendo un original local al formulario de Ripoll. Pero tal vez el mayor interés del estudio se cifra en los apartados en que examina detalladamente la utilización en la práctica notarial de los diversos grupos de fórmulas de la colección, a través de un examen minuciosísimo de la documentación diplomática catalana de los siglos IX-XII, que le permite apreciar el origen, evolución, interferencias y contaminaciones de las fórmulas documentales, especialmente el amplio grupo de donaciones y ventas. En efecto, casi todas ellas parecen haber surgido en la práctica con anterioridad a la colección y haberse desarrollado a veces progresivamente hasta hallar una cierta «normalización» en el texto de la misma para sufrir luego nuevas transformaciones, generalmente en sentido involutivo o abreviatorio, en razón a las diversas circuns-

tancias agudamente puntualizadas por el autor. Unas tablas anejas permiten comprobar las aseveraciones del mismo, en orden a la respectiva difusión de los principales tipos formularios (donaciones a la iglesia, donaciones en general) con precisión de áreas geográfico-culturales e institucionales, así como de su incidencia en el tiempo. El autor termina señalando, certeramente, que el estudio de los formularios notariales no cabe reducirlo a la busca de sus orígenes y filiación cultural, su misma utilización nos invita a apreciar los métodos de la técnica notarial, y su evolución nos obliga a trascender los cuadros de la historia local y tener en cuenta la evolución de las estructuras mentales reflejada a través de la selección de vocabulario, mutaciones de léxico, etc. Un buen estudio que acredita una vez más la sagacidad del profesor Zimmermann, manifestada ya en anteriores trabajos sobre diplomática catalana.

J. F. R.

EVOCACION DE DON RAMON CARANDE (*)

Madrid, 10 de diciembre de 1987

Sé muy bien que en España entera y con seguridad en esta Sala hay docenas de personas con mejor título que yo para evocar aquí y ahora la personalidad científica y humana de don Ramón Carande. Pero sé también que hay honores irrenunciables, aunque inmerecidos. Por eso, cuando mi buen amigo Gonzalo Pontón me transmitió en su nombre y en el de Bernardo Víctor Carande la invitación a participar en este acto para hablar, como amigo de don Ramón, más que de su libro hoy reeditado, de toda su obra y su humanidad, me apresuré, abrumado y agradecido, a aceptar el encargo que ahora, con más torpeza y emoción de las disculpables, me dispongo a cumplir.

No pretendo hacer un acabado retrato de don Ramón. Me limitaré, más modestamente, a trazar tan sólo lo que pudiéramos llamar un esbozo impresionista del historiador y del hombre, esto es, a recordar aquellas facetas suyas que, en uno y otro sentido, más me impresionaron, con la certeza de que ustedes, gracias a su memoria directa del hombre o merced a la lectura de su obra, sabrán rellenar silencios y vacíos de mí, por fuerza, parcial evocación

II

¿Fue don Ramón, como él gustaba decir de sí mismo, un «Historiador rezagado»? Si atendemos al hecho de que el primer tomo de este libro se publicó en 1943, cuando él tenía 56 años, parece que sí. Pero si nos fijamos en que un hombre que vivió 99, a los 56 era poco más que un adolescente, y, si más en serio tomamos otros datos de su biografía, creo que tal afirmación, que Carande expresaba con sincera modestia, pero también con cierta coquetería, merece ser precisada

Don Ramón, hijo de abogado, estudió Derecho, la mayor parte de la carrera, como alumno libre. Nos ha dejado escrito un retrato lacónico y jugoso, de cada uno de sus maestros, de sus «acreedores preferentes». Destaca su devoción por don Francisco Giner y por don Antonio Flores de Lemus. Trabó contacto con el primero, en los cursos de doctorado, hacia 1910 si no me equivoco. Con Flores de Lemus, en noviembre de 1914. Entre una y otra fecha (mayo de 1911 a octubre de 1914), sus estudios y sus maestros alemanes. Entre 1921 y 1923 volvió a las aulas alemanas. Allí, especialmente en Friburgo, fue discípulo de Schmoller (como

(*) Las cuartillas ahora impresas fueron leídas por mí en el acto de presentación de la nueva edición de «Carlos V y sus banqueros» (ed. Crítica y Junta de Castilla y León, Barcelona, 1987) celebrado en la Biblioteca Nacional. Es para mí un honor incluirlas en las páginas de una revista —ésta— en cuya fundación tanto tuvo que ver don Ramón.

lo había sido antes Flores de Lemus), de Sombart, de Finke, y sobre todo de von Below, casi todos ellos economistas, sí, pero todos ellos historiadores. Desde Marx, no sé si por influencia suya o por reacción contra él, hubo en la Universidad alemana hasta la década de 1930 una línea de economistas que fueron, en principio, estudiosos de la historia de las instituciones económicas. Además de los citados, otros nombres como los de Sohm, o Jorge Federico Knapp, o Max Weber, o Heckscher, todos ellos reiteradamente citados por Carande son, desprecio el matiz, historiadores economistas o economistas-historiadores. Como lo fue don Ramón, que en otra ocasión escribió, ahora sí, con toda precisión: «El que esto escribe llega a la historia procedente de la Economía», sólo que su personal y aprendido modo de ser economista implicaba ya *ab ovo* su sensibilidad de historiador, su atención a la historia de las instituciones económicas y, más en concreto, a la de las haciendas públicas, municipales o reales, del pasado medieval

III

En 1916 gana la Cátedra de economía y Hacienda en Sevilla, de cuya Universidad fue profesor «cuarenta años, mal contados», como el mismo dijo en su lección de despedida el 17 de mayo de 1957. Pienso que poco después de estrenar cátedra, comenzó a bucear en el Archivo capitular y en el Archivo municipal de Sevilla. A los 29 ó 30 años, don Ramón ejercía ya de historiador. En 1925, en el tomo II del *Anuario de Historia del Derecho Español*, publica un notabilísimo estudio: «Sevilla, fortaleza y mercado»

Como historiador del Derecho que soy me es muy grato recordar su vinculación con el *Anuario*. En 1924, nace esta revista Aparece sin director ni Consejo de Redacción. Pero se nos dice en su primera página que «el núcleo de redactores» son discípulos «en su mayor parte del ilustre Hinojosa». Componen ese núcleo el ágrafo, pintoresco y muy erudito don Laureano Díez Canseco y, más jóvenes que él, Claudio Sánchez Albornoz, José M.^a Ramos Loscertales, Galo Sánchez, José M.^a Ots Capdequi y Ramón Carande, que es así en 1924, repito, cofundador no de una revista de economía, sino de otra de Historia de las instituciones, dirección que los discípulos de Hinojosa dan a la Historia del Derecho, para ocuparse en ella de las instituciones Económicas y de la Hacienda pública.

Su colaboración en el *Anuario* entre 1924 y 1934 es asidua. Luego diré algo más sobre «Sevilla, forteza y mercado». Quiero mencionar ahora su traducción de un breve estudio de Alfons Dopsch, su reseña de «Territorio y Ciudad» de su maestro von Below, la extensa y emocionada nota necrológica que, en el tomo IV, dedica al mismo von Below, la traducción de otro estudio (éste de von Below), su necrológica de J. F. Knapp, y una preciosa reseña de don Ramón al libro de Ernst Kantorowicz, «Kaiser Friedrich der Zweite». En el tomo VI (1929) una nota de Sánchez Albornoz nos informa de que, a la caída de la Dictadura, se han renovado los Rectorados de muchas Universidades españolas, y de que en la de Sevilla ha sido elegido Rector el joven catedrático (cuarenta y tres años) don Ramón Carande En la misma página una nota sin firma, pero probablemente debida a la pluma de Carande, lamenta la reciente muerte de Díez Canseco a quien Carande

contó siempre entre sus maestros. En el tomo VIII (1931) se da la noticia de que, producido el advenimiento de la República, el Gobierno provisional ha nombrado Consejero de Estado a don Ramón Carande, pecado sin duda mortal el de la aceptación, ya que tan grave pena le deparó en posteriores años triunfales a don Ramón.

En el tomo XI del *Anuario*, año 1934, se anuncia que de las reseñas bibliográficas sobre «cuestiones económicas» se encargarán don Ramón Carande y don José Antonio Rubio Sacristán

Después, la guerra civil interrumpe la publicación del *Anuario* hasta 1944. En el nuevo *Anuario* ya no escribe Carande, ni se habla de él. Creo que su nombre no vuelve a aparecer hasta que en 1967 publiqué yo una extensa reseña del recién aparecido tomo III de «Carlos V y sus banqueros». Le envié mi comentario Me contestó con una cariñosa carta, la primera de las suyas. Al final de la cuartilla, en el ángulo inferior derecho, se lee: «Me alegra que recuerde usted, con devoción, a los fundadores del *Anuario*, muertos e idos» El era un superviviente.

IV

Volvamos a «Sevilla, fortaleza y mercado» Aconsejo su lectura no por la edición de la Universidad hispalense en 1972, sino por el texto incluido en el tomo II del *Anuario*. En aquella don Ramón suprimió cinco páginas que él condenó, por pedantes, al silencio, pero que yo juzgo interesantes Dedicó la edición de 1972 a J von Below. El texto del *Anuario* «A don Antonio Flores de Lemus». Que él, tan aficionado a las dedicatorias, ofreciese este estudio en las dos ocasiones citadas a sus dos maestros preferidos dice mucho de la importancia que el autor confería al trabajo

Los nombres de Brunner, von Below, Dopsch, Max Weber, Sombart, es decir, sus clásicos, recorren la obra. Carande estudia «la vida económica de la ciudad» a través de su autonomía financiera, analiza la organización de su Hacienda, sus gastos y sus ingresos

Muchos de los temas de su obra sobre el emperador «catalizador de banqueros» están ya, prefigurados a escala municipal, en este extraordinario trabajo Sevilla recurre a «la forma usual de contratación de empréstitos en estos albores del crédito público», y contrata una y otra vez con «los más precoces cultivadores en Europa del crédito público: los genoveses» Los sucesivos empréstitos van encadenándose «y se paga al primer acreedor con préstamos que hace un segundo, genovés probablemente . ».

Como todos hemos leído, fue la «cuarta lectura del libro clásico de Ricardo Ehrenberg, *Das Zeitalter der Fugger*», lo que indujo a don Ramón, en el otoño de 1940, a emprender el estudio sobre Carlos V y sus banqueros. Pero en aquellos meses casi desesperados, cuando le robaron y quemaron sus libros y sus miles de fichas sobre la Castilla de los siglos XIV y XV, don Ramón no tuvo que improvisar nada para abordar, renaciendo de su hundimiento pasajero, tan magna obra. Era dueño de un inmenso mundo de lecturas, estaba familiarizado con maestría de veterano en el manejo de la documentación inédita y poseía, dominándolo, el método del historiador

V

Don Ramón trabajaba muchas horas, pero trabajaba despacio. Hacía y rehacía, redactaba y corregía, escribía y reescribía. Sus métodos de trabajo, según nos informa su hijo Bernardo, consistían en «acumular, redactar y dictar». Acumular, que significa leer. Era moroso y acumulativo siempre. En 1979 me envió un estudio que acababa de publicar en el «Boletín de la Real Academia de la Historia» «Es —me decía— la primera parte de un trabajo que tengo en el telar desde hace veinte años ¡Así estoy de ágil! Cierto que pierdo mucho tiempo leyendo y releiendo sin fruto, y corrigiendo y desechando lo que escribo.»

No es cierto que leyera sin fruto. Leía, acumulaba y memoraba lo leído para citarlo en el momento oportuno. Junto a las citas más especializadas, salta de pronto una estrofa de Quevedo o de Fray Luis, junto a la Segovia de Diego de Colmenares, la «Doña Inés» de Azorín. Pero, sobre todo, lecturas de documentos inéditos.

Y es que la historia se escribe en la mesa de despacho de Capela, de Valmojado, de la Calle de Alvarez Quintero o de donde cada historiador vive. Pero investigar, se investiga en los archivos.

Un archivo no es un cementerio de papeles, sino un almacén, ordenado o no, de palabras dormidas. Don Ramón buceó como nadie en archivos municipales, catedralicios y de protocolos, viajó de la Ceca a la Meca, de archivo en archivo, y también como nadie ahondó en esos dos océanos que son el Archivo General de Indias y el de Simancas. Se sabe más del pasado cuanto más información nueva se acumula, pero hay que buscarla en los archivos. Don Ramón acumulaba mucho y sin descanso, porque se divertía trabajando en un archivo. Luego analizaba con cuidado, meticulosamente, para después interpretar lo averiguado con un exquisito temor a generalizar demasiado. Tenía, ¡cómo no!, ideas e hipótesis, pero no teorizaba a priori, no quería engañarse ni engañarnos. Quería saber más y saciaba con documentos su sed, despertando con sus ojos las palabras en ellos dormidas.

«MAS VERDAD
Sí, más verdad,
objeto de mi gana.
Jamás, jamás engaños escogidos.
¿Yo escojo? Yo recojo
La verdad impaciente,
esa verdad que espera a mi palabra »

Estos versos de su amigo Jorge Guillén bien hubieran podido ser su lema.

VII

Y por debajo de todo, el hombre. Siento rubor al hablar de él como ser humano delante de quienes tanto lo amaron. Pero no debo silenciar ni mi admiración por su sabiduría (que tiene poco que ver con el hecho de que fuera un científico

eminente) ni mi asombro por su modestia, su caballerosidad, su apenas desdeñosa ironía para quienes le hicieron daño, su generosidad con todos.

Fue siempre leal a sus ideas y a sus maestros y supo y quiso (iba a decir que absurdamente) colocarse, en el trato deferente y respetuoso, a la altura de quienes teníamos 50 años menos que él

Permítanme que recuerde sólo una pequeña anécdota, unas pocas palabras nocturnas suyas. Habíamos paseado por Salamanca durante varias horas otro historiador salmantino, de mi edad, don Ramón y yo. Aquella tarde habíamos pisado casi todas las piedras de Salamanca. Habíamos visitado incluso un convento de clausura —el de las Ursulas, cuyo torno se abrió misteriosamente ante don Ramón y sus atónitos acompañantes— y habíamos hablado de todo. Algo debió de notar don Ramón en nosotros porque, casi al despedirnos, hizo un silencio, el único en seis o siete horas, y nos dijo con emoción que no olvido. «Les compadezco y les admiro, porque son ustedes una generación de profesores que no han tenido maestros».

Y es verdad. Los hombres de mi generación nos formamos o malformamos en una Universidad en la que se advertía demasiado el vacío de verdaderos maestros, unos muertos, otros idos y algunos silenciados. Don Ramón supo prodigar su magisterio sin querer y sin notarlo. Decía ser (de nuevo coquetería y modestia hermanadas) «un aprendiz de historiador» y acogía con sorpresa los elogios de quienes de él procurábamos aprender.

Le quitaron durante unos años la palabra hablada, la palabra docente y la cátedra, «el asiento elevado desde donde el maestro da lección a los discípulos». No le pudieron quitar la pluma ni la palabra escrita. Con ella nos dejó «este libro escrito con morosidad», probablemente el mejor libro de Historia de España publicado en lo que va de siglo. Con su voz, con su palabra dicha en público o entre amigos y con su gesto siempre discreto y elegante, nunca resentido, nos dejó el ejemplo vivo (vivo todavía en la memoria de muchos) de lo que es un hombre de bien.

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

NUEVOS CATEDRÁTICOS DE HISTORIA DEL DERECHO

A lo largo de 1986 y en virtud de diferentes concursos, han obtenido plazas de Catedrático de Historia del Derecho, en las Universidades que se indica, los profesores siguientes. don Antonio Pérez Martín, en la de Murcia; don Mariano Peset Reig, en la de Valencia; don Miguel Angel González de San Segundo, en la de Zaragoza; don Carlos Petit Calvo, en la Autónoma de Barcelona, y don Carlos José Díaz Rementería, en la de Extremadura. Por otra parte, los profesores don Aquilino Iglesia Ferreirós y don Bartolomé Clavero Salvador han pasado a las Universidades de Barcelona y de Sevilla, respectivamente. Las Cátedras de Historia del Derecho de las Universidades de las Islas Baleares y de La Laguna se han cubierto, en 1987, por los profesores don Román Piña Homs y don Roberto Roldán Verdejo.

NUEVOS PROFESORES TITULARES

En 1986 han sido nombrados Profesores Titulares de Historia del Derecho, en las Universidades que se indica, los doctores siguientes. don Juan Banchs de Naya, en la de Barcelona; don Juan Baró Pazos, en la de Cantabria, don Julio Gerardo Martínez Martínez, en la de Extremadura; doña Clara Alvarez Alonso, en la Autónoma de Madrid; doña Carmen Sevilla González, en la de La Laguna; don Alfonso Carlos Merchán Fernández, en la de Valladolid; doña Remedios Ferrero Mico, en la de Valencia, don José Sarrión Gualda, en la Autónoma de Barcelona; doña Marta del Vas Mingo, en la Complutense de Madrid (Historia de América, Derecho indiano); doña Pilar Arregui Zamorano, en la de Salamanca; don Rogelio Pérez-Bustamante González y don Fernando Fontes Migallón, en la Complutense de Madrid, y doña Raquel Rico Linage, en la de Cádiz.

TESIS DOCTORALES

Durante el Curso 1986-87 fueron defendidas en la Universidad de Navarra las siguientes Tesis doctorales, realizadas bajo la dirección del profesor Sánchez Bella.

- Mercedes Galán Lorda. «Las fuentes del Fuero Reducido de Navarra»
- Julia Collado de Merino. «Los Concilios de América bajo Carlos III».

RAFAEL GIBERT, en el recuerdo de un amigo

El Profesor Rafael Gibert y Sánchez de la Vega, amigo desde una mañana de octubre de 1942, en que fuimos designados por don Galo Sánchez, Profesores Ayudantes en su cátedra de Historia del Derecho Español de la Facultad de Derecho de Madrid, situada por aquellos años en el viejo caserón de San Bernardo

Ahora, por motivo de haber alcanzado R. Gibert la edad de jubilación, en la actualidad anticipada, recuerdo. Se ha dicho que «recordar es vivir», miro hacia atrás, aprecio los lazos de amistad entre nosotros, que se fueron acrecentando en el tiempo. Durante los años de la década de los cuarenta manteníamos una estrecha relación y fueron frecuentes las conversaciones, diálogos o monólogos —dejar hablar— con don Galo Sánchez, don Manuel Torres López, don Alfonso García-Gallo, asistíamos a cursillos monográficos o conferencias de historiadores o de historiadores del Derecho. Más tarde, íbamos a la sala y despacho del Anuario para charlar o escuchar al Profesor José Maldonado sobre cuestiones histórico-jurídicas, con la agudeza y precisión que le caracteriza nos aconsejaba la lectura de obras o trabajos de especialistas españoles o extranjeros sobre temas de un programa de nuestra asignatura. Maldonado llegó a ser y es para nosotros como un amigo «mayor» en saber y en conocimientos histórico-jurídicos. Todo ello, fue dejando como un «poso» y semilla en nuestra formación, que preferentemente se iba inclinando hacia el medievalismo

A continuación sustituyo el plural por el singular, voy a centrarme en la labor de Rafael Gibert, en la docencia y en la investigación. Como docente ha sido Profesor Ayudante y Profesor Auxiliar de HDE en la Universidad de Madrid (1942-1949), Catedrático de HDE de la Universidad de Granada (1950-1970); Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid (1970-1986) y durante unos años también Catedrático de la UNED. Siempre fue un Profesor asiduo y constante en sus tareas universitarias. Igualmente desempeñó los cargos académicos de: Secretario General de la Universidad y Vice-decano en Granada; Vice-decano y Decano en la Facultad de Derecho de Madrid.

Desde 1948, fue Becario en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, más tarde Colaborador, y Secretario de este Anuario hasta 1952. Cargos en los que dejó constancia de su dedicación y buen hacer.

Una cualidad, entre otras, que creo posee este profesor amigo, es la de fidelidad y lealtad a sus Maestros: don Galo Sánchez y don Alvaro D'Ors, rasgo que considero fundamental en toda persona, mucho más en un Catedrático de Universidad.

Dentro de su labor investigadora, recuerdo una serie de obras y trabajos, que sin pretender ser exhaustivo, voy a sintetizar encuadrándolas en áreas o líneas de investigación:

Ediciones o estudios sobre fuentes jurídicas medievales

«El derecho municipal de León y Castilla», en AHDE, 11 (1961). Visión sistematizada de las fuentes locales y recíprocas influencias y el estado de la investigación

«El derecho medieval de la Novenera», AHDE, 21-22 (1951-1952). Sobre la base de la edición y glosario de Gunnar Tílander, estudia las instituciones jurídicas en él contenidas.

«El Ordenamiento de Villa-Real de 1346», AHDE, 25 (1955). Edición y estudio de este Ordenamiento de Cortes, fuente del Ordenamiento de Alcalá.

«Estudio histórico-jurídico de los Fueros de Sepúlveda», en la edición del Profesor Emilio Sáez. Segovia (1953). Trabajo extenso donde analiza y profundiza en estos fueros y sus relaciones con otros y después estudia su contenido institucional. ¿F. de Sepúlveda versus F. de Cuenca, o F. de Cuenca versus F. de Sepúlveda? El Dr. Gibert, con base testimonial plural, afirma que los F. de Sepúlveda fueron anteriores y fuente del F. de Cuenca.

Area de Historia de instituciones locales

«El Concejo de Madrid». Su organización en los siglos XII a XV. I, Madrid (1949). Sobre el Fuero y adiciones posteriores junto a otros documentos y bibliografía, investiga y construye esta obra con una estructura original. Este Concejo y la vida de su comunidad de vecinos deseaba «*diues et pauperes uiuant in pace et in salute*».

«El derecho privado de las ciudades españolas durante la edad media», en *Recueils de la société Jean Bodin*, t. VIII. *La Ville. Le droit privé*. Bruselas (1957). Parte

de la idea de vecindad como verdadera ciudadanía local, analizando, sobre las fuentes, las diferentes instituciones.

«Los contratos agrarios medievales», en *Boletín de la Universidad de Granada*, 89 (1950).

«El contrato de servicios en el derecho medieval español», en *CHE*, de Sánchez-Albornoz, Universidad de Buenos Aires, 15 (1952).

«La *complantatio* en el derecho medieval español», en *AHDE*, 23 (1953).

Diferentes tipos de contratos laborales en la edad media española, investigados en fueros y documentos

«El consentimiento familiar en el matrimonio en el derecho medieval español» en *AHDE*, 18 (1974). Este consenso familiar que desde la antigüedad hasta fines de la época medieval prevalecía sobre el consentimiento mutuo de los contrayentes.

Estudios de derecho romano-canónico

Rafael Gibert, junto a Alfonso García-Galo y Alvaro D'Ors y Paulo Merêa comenzaron a preocuparse por el Derecho Romano y el Canónico como precursores primero y después como básicos de la recepción en los reinos españoles. Gibert formó parte de la comisión gestora europea, como representante español del «*Nuevo Savigny*», a través del «*Ius Romanum Medii Aevi*», y aparte de trabajos sobre esta empresa, publicó en dicha colección su monografía: «*La enseñanza del Derecho en Hispania durante los siglos VI al XI*», en *IRMAE* (1967)

Area de Derecho Penal medieval, destaco:

«La paz del camino en el derecho medieval español», en *AHDE*, 27-28 (1957-58).

«La paz otorgada entre partes en el derecho medieval español» (León y Castilla), en *Fundamentos culturales de la paz en Europa*, dir. por los Profs Peláez y Aguirre. T. II (1986). Es un extracto de su tesis doctoral (inédita), por ello este trabajo tiene para su autor como un cariño especial (según me indicó) que deriva del recuerdo de su primera investigación: la tesis para el grado de doctor.

Al lado de estas investigaciones destacamos una serie de trabajos de síntesis, como pueden ser los diferentes términos histórico-jurídicos que redactó en diccionarios jurídicos, así sus colaboraciones en el Diccionario de Derecho Privado, dirigido por don Ignacio de Caso, o los vocablos insertos en distintos tomos de la «*NEJ Seix*» (en curso de publicación).

Como testimonios escritos de su docencia, son interesantes sus diferentes «Prelecciones» con las que encabeza sus programas de HDE. De otra parte, figura su obra: *Historia general del Derecho Español*, 1.^a edic. Granada (1968), es un manual con enfoque peculiar, como consecuencia de su concepto de Historia del Derecho como la Historia de los libros jurídicos españoles a lo largo de los siglos (orígenes primitivos a 1700), estudia los libros (fuentes) jurídicos y «algo» de instituciones en ellos contenidos. Por último, recuerdo su colección de *Textos jurídicos*

españoles, 1.ª edic. Pamplona (1954), se inicia con el Libro V de las Etimologías de San Isidoro y contiene textos de Derecho privado, penal y procesal.

He aquí como un «esbozo» sobre la persona y la obra de Rafael Gibert, Catedrático; en ella afirmamos lo que representa para estudios y estudiosos de nuestra materia. Si desde 1987, el Dr. Gibert ha perdido su relación directa con los alumnos, para futuras generaciones quedan sus obras y trabajos en los que aparecen teorías, tesis o hipótesis propias, junto a nuevas sugerencias. Su agudeza, a veces, rayando en la ironía, que no sólo conocemos a través de sus conversaciones, sino que también está contenida en algunos artículos. Rafael Gibert puede sentirse orgulloso de su doble labor universitaria. Sus investigaciones dejan una «huella» importante en la HDE. Ha sabido crear o recrear historia jurídica, cumpliendo así con un texto de Eugenio D'Ors, que reproduce al inicio de su «Curso»: «También la Historia es muy rica. En lo que ya ha sido, todavía hay materia para crear».

Barcelona, octubre 1987

JOAQUÍN CERDA

JUBILACION DEL PROFESOR DON JOSE ORLANDIS

La marea de jubilaciones, bien en base al discutible sistema vigente hasta hace poco, como a la indiscutible estolidez del que hoy impera, va dejando en las orillas del oficio universitario a un selecto y cada vez más nutrido grupo de profesores, a menudo marginado en la plenitud de su actividad docente e investigadora. Por suerte, esa desafortunada medición del tiempo no suele tener mucho que ver con la fortuna intelectual y la capacidad efectiva de las personas. Y así acontece en el caso del profesor José Orlandis, sorprendido por la pleamar administrativa de la jubilación en el apogeo de su faena universitaria como docente y director del Instituto de Historia de la Iglesia de la Universidad de Navarra, y cuando precisamente anuncia para 1988 dos nuevos libros —*Historia del Reino visigodo español* y *La conversión de Europa al Cristianismo*— que habrán de sumarse a una poblada y rigurosa obra científica que ronda el centenar de títulos.

Orlandis, mallorquín de 1918, obtuvo el grado de doctor en Derecho Civil por la Universidad de Madrid y el de doctor en Derecho Canónico por la Pontificia Universidad Lateranense de Roma. A los veintitrés años es catedrático de Historia del Derecho. Desde entonces, 1942, su labor docente se ha desarrollado en dos escenarios principales. El primero, ajustado a la enseñanza de nuestra disciplina, lo constituyen los veinticinco años en que fue titular de la misma en la Universidad de Zaragoza. Para todos los que estudiaron allí, o incluso para quienes tuvimos una relación tangencial con las aulas aragonesas, es decir, para un buen puñado de generaciones universitarias, la Historia del Derecho aparecía con una directa referencia personal: D. José. Y era D. José un catedrático de aspecto llamativamente juvenil —escandalosamente juvenil, incluso, para quienes le conocieron al principio—, revestido de sobria dignidad profesional, afable y de exquisitas

maneras. Era, ante todo, un catedrático respetado por lo que sabía y por lo que enseñaba. De ahí que junto a la deuda que la Historia del Derecho ha contraído con él, haya que destacar aquí otra en la que el deudor es un ente más concreto: la Universidad de Zaragoza, prestigiada por su magisterio durante un cuarto de siglo

Segunda etapa, Pamplona. Aquí Orlandis, sin mengua de la dedicación a la historia jurídica, se vierte preferentemente a la historia de la Iglesia. Entre ambas, su propia trayectoria personal y la dedicación al sacerdocio le llevan al estudio de distintos aspectos de la espiritualidad cristiana, de lo que dejará testimonio en numerosas publicaciones.

En lo que específicamente concierne a la Historia del Derecho, el profesor Orlandis es, ante todo, una primera autoridad intencional en el mundo visigodo, estudiado en exposiciones de conjunto (recordemos sus libros *Historia social y económica de la España visigoda* y *La España visigótica*) y en un sinnúmero de monografías. Con pareja reputación ha cultivado los campos del Derecho penal y procesal de la Edad Media, y ello de suerte que buena parte de cuanto hoy sabemos sobre muchas de esas cuestiones (la figura del delito, la prenda, la paz de la casa, etcétera) hay que remitirlo a estudios suyos aparecidos en las páginas de este Anuario. De otra parte, las investigaciones de Orlandis sobre historia de la Iglesia han dado lugar a importantes libros sobre aspectos parciales (las instituciones monásticas o la trayectoria de los Concilios en la España visigoda y medieval) o a interpretaciones de conjunto. Mencionemos a este respecto su *Historia breve del Cristianismo* y los tres volúmenes consagrados a *La Iglesia en la España visigótica y medieval*, *La Iglesia antigua y medieval* y *Del mundo antiguo al medieval*. Todo ello sin contar alguna obra de carácter didáctico (como la edición de *Textos latinos, patristicos, filosóficos, jurídicos*) y las que propiamente se ciñen a temas de espiritualidad —otros tres libros—, cuyo eje ideológico es la interpretación del mensaje cristiano desde las alturas del mundo contemporáneo y a través de los problemas del hombre de hoy.

El profesor Orlandis ha sido vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, decano de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra, miembro del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, director del Anuario de Derecho Aragonés, presidente del Consejo de Redacción de *Ius Canonicum*, así como presidente de la Sociedad Española de Estudios Monásticos y de la Academia Aragonesa de Ciencias Sociales. Entre las vinculaciones a organismos científicos internacionales destacaremos su condición de académico de la *Academia Spoletina*.

Y unas palabras postreras, al hilo del enjambre de libros, artículos, labores y títulos docentes, para subrayar ciertos aspectos del autor y su obra. La pluma de Orlandis, experta en desbrozar la espesa maraña visigótico-medieval, rebosa claridad y medida. Como todos los verdaderos maestros, es decir, como todos los que en verdad saben, hace uso de un lenguaje diáfano, exento de ambigüedades retóricas y de palabrería. Esa misma pluma, además, transita con facilidad por un mundo sin fronteras, y ello tanto por el uso de las fuentes en cualquiera de los idiomas de la cultura occidental, como porque no pocos de sus escritos han visto la luz en esos idiomas, a los que incluso algunos de sus libros han sido traduci-

dos. Orlandis es, en suma, un intelectual en el sentido genuino del término, o lo que los anglosajones llaman un *scholar*, alguien que sabe combinar la monografía de erudita especialización con la reflexión general y honda sobre el mundo que le rodea, bien sea la Universidad por él vivida (otro libro: *La crisis de la Universidad española*) o la Historia por él estudiada (todavía otro libro: *Historia y Espíritu*).

Concluamos con una referencia a la medida aludida antes. Medida perceptible en su obra científica, donde no hay una tesis estridente ni una afirmación descompuesta, pero que es reflejo, si se me permite la alusión a la persona, del talento mismo del autor a quien estas líneas quisieran rendir un modesto homenaje. D. José Orlandis ha sido y es paradigma de equilibrio, serenidad, ponderación y tolerancia. En las no infrecuentes algarabías académicas, y en los por lo demás legítimos forcejeos de la vida universitaria, su voz se ha hecho oír siempre con la autoridad de quien ha sabido escuchar a unos y otros, y de quien ha merecido, por el respeto prodigado a los demás, ser digno del respeto y del afecto de todos.

JOSÉ ANTONIO ESCUDERO

JUBILACION DE DON ISMAEL SANCHEZ BELLA

El 30 de septiembre de 1987, la Universidad española se vio privada, por imperativos legales, de un señalado número de eminentes profesores, entre los que se encontraba el Dr D Ismael Sánchez Bella, Profesor Ordinario de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra y Catedrático de dicha disciplina en el escalafón del Estado desde el año 1950. La normativa vigente ha cambiado solamente su condición de funcionario, pues gozosamente el Prof. Sánchez Bella sigue ampliando con intensidad juvenil y profundidad magistral su «curriculum vitae» que en su homenaje pretendemos esbozar seguidamente

Don son las facetas características de la vida profesional del Dr Sánchez Bella que, aunque lógicamente inseparables, adquieren en él una relevante singularidad historiador del Derecho y universitario

Nacido en Molina de Aragón, descubrió su vocación por los estudios americanistas a través de sus maestros Alfonso García Gallo, Juan Manzano Manzano y Antonio Muro Orejón, especializándose en Historia del Derecho Indiano desde 1943 Después de varios años en los que fue becario de la Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla y del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, sería nombrado Profesor Adjunto de la Cátedra de Historia de las Instituciones Políticas y Civiles de América (Universidad de Madrid, 1946-49) En 1949 obtuvo por oposición la Cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de La Laguna (Canarias), pero se traslada enseguida a Argentina como primer titular de la Cátedra de Historia de España de la Universidad Nacional del Litoral (Rosario de Santa Fe) donde permanece más de dos años desarrollando una intensa labor cultural a través de todo el país

En el verano de 1952, con la experiencia directiva en dos Colegios Mayores (Moncloa, 1948-49 y Residencia Universitaria de Rosario, en Argentina, 1950-52), comienza los preparativos para la puesta en funcionamiento de un Estudio General en Pamplona, que dará paso ulteriormente a la Universidad de Navarra

El Prof. Sánchez Bella no sólo fue el iniciador de una Universidad sino que, como su primer rector hasta 1959 y como vicerrector hasta 1985, ha sido su más cualificado impulsor. Don Isamel, como cordialmente le recuerdan las numerosas promociones salidas de las distintas Facultades de aquel Centro Universitario, no sólo ha sido el gestor eficiente y el maestro prestigioso sino también el profesor amigo a quien se podía acceder siempre a pesar de sus múltiples ocupaciones.

La capacidad humana del Prof. Sánchez Bella resalta aún más, paradójicamente, en el momento en que en lugar de disfrutar de una merecida jubilación, asume la presidencia de la Junta Directiva de la Asociación de Amigos de la Universidad de Navarra que requiere un gran dinamismo.

La tarea docente de tan preclaro universitario comenzada en la Universidad Hispanoamericana de La Rábida en 1948, ha continuado hasta los últimos años en Pamplona y de su fecundo magisterio son deudores un buen número de doctores dispersos por todo el mundo, y profesores de varias Universidades tanto españolas como extranjeras. El Dr. Sánchez Bella ha impartido conferencias en diversos países americanos en varias giras culturales que comenzó en 1956. En 1976, invitado por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina, dio un Curso en Buenos Aires sobre «El Gobierno de las Indias bajo los Austrias», que repitió en 1977 en la Academia Colombiana de la Historia, en Bogotá.

Su labor investigadora le ha sido reconocida en la concesión de varios premios entre los que destacan el «Menéndez Pelayo» por el estudio sobre «Organismos administrativos de la Real Hacienda Indiana» y el Internacional «Ricardo Levene» por su libro «Organización financiera de las Indias» como mejor monografía del trienio 1966-69.

El Prof. Sánchez Bella es miembro o académico de varios Institutos argentinos de Historia del Derecho (Facultad de Derecho de Buenos Aires, 1950, Córdoba, 1976, Morón, 1976, y Rosario, 1976) y mejicanos (Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1979), de Academias Hispanoamericanas (Venezolana de Historia, 1977, Paraguaya, 1980 y Nacional de Historia y Geografía de México, 1982) y españolas (Real Academia Hispanoamericana de Cádiz, 1972), así como de otras Asociaciones como la Nacional de Abogados de México (1978), vocal de la Junta Directiva de la Asociación Española de Americanistas (1983) y miembro de la Asociación de Historiadores Europeos de la América Latina (1985). Es profesor «honoris causa» de la Universidad Católica de Valparaíso (Chile, 1980). Miembro Fundador del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano en 1966, es, desde que se creó su Consejo Asesor en 1978, miembro del mismo.

A lo largo de cuarenta años ha asistido a más de treinta Congresos, asambleas, seminarios, reuniones y simposia en España y Sudamérica preferentemente, pero también en Norteamérica (75 Meeting of Modern Languages Association, Washington 1956) y Europa (Reunión de Historiadores del Derecho Francés en 1970,

I Reunión del Instituto Internacional para la Cooperación Universitaria, Roma 1977 y VII Reunión de AHILA, Budapest 1987). El Dr. Sánchez Bella organizó la IV Semana de Historia del Derecho Español (Pamplona 1969)

Especializado en la historia de las fuentes y del Estado Español en la Edad Moderna, con atención preferente a la vertiente americanista, es autor de importantes estudios sobre la organización de la Hacienda Indiana, las Visitas o Inspecciones a los Tribunales de Justicia, los Comentarios a las Leyes de Indias, el Gobierno del Perú, Quito Audiencia subordinada, dos estudios sobre el Código de Ovando, la Recopilación de Indias de León Pinelo e Iglesia y Estado en la América Española

Entre los trabajos que no sean de Derecho indiano deben recordarse «La España que conoció el general San Martín (para la comprensión de la Independencia de América)», en 1951, «Los Reinos en la Historia Moderna de España» en 1956, «La polémica sobre las fuentes de la Constitución Española de 1812» en 1966, «La Reforma de la Administración Central en 1834» en 1974, «Iglesia y Estado Español en la Edad Moderna» en 1984, «El Regalismo borbónico durante el setecientos» en 1984, y «El Fuero Reducido de Navarra y la edición del Fuero General» en 1988

El Prof. Sánchez Bella ha sido, además, el impulsor y director de estudios relativos a las Instituciones Jurídicas del Reino de Navarra que sus discípulos han aportado para un mejor conocimiento del Derecho Histórico de aquel territorio

El Dr. Sánchez Bella posee las encomiendas con placa de las Ordenes de Alfonso X el Sabio (1962) y de África (1964), Honorífica Orden Académica de San Francisco (Brasil 1966), Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort (1968) y Orden de Andrés Bello (1982). Fue consejero Nacional de Educación entre 1956 y 1963 y ha sido invitado por varios Gobiernos y Universidades como la República Federal Alemana en 1970, la Universidad de São Paulo (1966), el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (1978) y la de Estudios Extranjeros de Kyoto (1980)

Esta semblanza del Dr. Ismael Sánchez Bella posiblemente se considere inacabada y estamos seguros que así es. El profesor jubilado continúa, como historiador del Derecho y como universitario, jubilosamente sirviendo a la Universidad. Por lo que este ANUARIO le felicita y se felicita

JOAQUÍN SALCEDO IZU

† MANUEL TORRES LOPEZ (1900-1987)

Non omnis moriar
(Horacio, *Odas*, III, 30,6.)

Es difícil, es casi como un ejercicio de profecía, evocar en plenitud la compleja realidad que vive enmascarada en un ser humano. Las personas que vimos y oímos fueron, en efecto, el antifaz, como advierte alguna etimología, de una esencia vital que nunca pudo ni podrá entregarse por entero a la percepción de otros.

Vivimos luchando por entender y no siempre. Amor y odio se alternan en esperimentizar nuestro combate por la comprensión cuando le entablamos. Y si huimos de asumirlo, la indiferencia borra la comunicación.

El entendimiento, insuficiente La aproximación, estremecida. El «otro», huido. Esos tres factores y sus tres naturalezas integran la textura de la relación entre humanos. Pero además, cuando se la intenta a causa de la muerte, percibimos aún más clara nuestra impotencia. Y esa sensación dañosa de una tensión anclada a pesar suyo, justifica la penosa certidumbre que hace siglos llevó a exclamar. «Malum mihi uidetur esse mors»¹

Sí, efectivamente me parece una cosa mala la muerte. Ese «otro» antes fugitivo, se vuelve sólo recuerdo de cómo habíamos entendido los destellos de su esencia, si antes siempre fragmentarios, ahora, además, alejándose sin remedio. Esa es la más honda malignidad de la muerte. Además de desamarrarnos de un ser, le desvanece en el irreplicable caminar de los días.

La pérdida del testimonio, de cada una de sus posibilidades y actitudes, es quizá el efecto más perjudicial e inevitable en la muerte de un sabio. Y no afirmo esta opinión por pensar que cada uno de sus gestos y palabras deban ser estimados como regla de conducta, sino por parecerme claro que toda doctrina por él escrita o enseñada, se adquiere mutilada cuando se la cercena de su comportamiento vital. Interpretarle en función de su vida, otorga una suerte de certidumbre que ayuda entre tantas oscuridades a explicarnos la razón de otorgarle el aplauso, el desdén, o la sonrisa. Esos gestos nuestros acerca de él, se hacen para ser transmitidos a otros aún más lejanos de aquel hombre que nosotros mismos. Tales gentes sólo sabrán de su talante por nuestra palabra, y quienes la decimos padecemos demasiado la angustia de conocer su irremediable insuficiencia como para no hacernos conciencia de lo que, de sesgado y roto, hay en esta clase de evocaciones.

Sin embargo, y como si no existiese tanto obstáculo, la rutina erudita ha sustituido con pedante facilidad al temblor del razonamiento suscitado por la muerte, es decir, de la necrología, por el desplante enumerativo y enjuiciador de las obras escritas por aquel que se nos fue. Y hasta es posible, es seguro que, concluida esa ínfima y desajustada tarea, el aprendiz que la hizo se crea en la oportunidad de presentarnosla con aire orgulloso y distante. Eso es lo común. Y hasta hay quien cree que así se hace bien y bastante. A ese extremo ha llegado en este tiem-

¹ CICERÓN, *Tusculanae disputationes*; I, 9

po de vulgarismos y no sólo jurídicos la tradición romana de los «Elogia» que nunca olvidaron el intento de comentar la obra en función de la vida ²

Se comprenderá lo difícil que resulta bajo el dominio de estas ideas intentar una necrología, y acabo de decir qué entiendo por tal, de Manuel Torres López. Y no facilita las cosas el hecho de que a lo largo de treinta y cinco años nos eligiésemos como maestro y discípulo.

Hablando precisamente de esa elección, me decía Alfonso Otero Varela, un día cualquiera de la década de los cincuenta, que Torres era «el hombre más inteligente que había pasado por una cátedra de Historia del Derecho, pero —añadió inmediatamente— está en una vía muerta» Aludía con ello a la coincidencia de dos rasgos. El silencio en lo impreso que por entonces observaba Torres y el olvido en la (con más o menos velada discrecionalidad) confección ministerial de Tribunales para elegir catedráticos de la asignatura. Era sabia la observación de Otero. Torres no resultaba ni eficaz como patrono, ni voraz como protagonista, pero subsistía como atractivo la certeza de acceder a su poderosa inteligencia. Amigos, enemigos e indiferentes, nunca tuvo víctimas, coincidían en calificarla así.

Algunas personas han explicado que Torres dejó de escribir sobre temas de Historia del Derecho desde el fin de la guerra civil y han sugerido como motivo su modesta participación en la vida pública de aquellos años. Incluso cierto colega de escalafón, confundió nombres y actividades y llegó a complementar esas impresiones, suponiéndole absorto en los intereses empresariales de sus familiares. Ninguna de esas dos interpretaciones son verdaderas. Por deseo expreso suyo Fernando María Castiella interceptó el intento de Ibáñez Martín para designarle para la Dirección General de Universidades, y a sólo un año llegaba su compromiso, forzado por la amistad personal con Arias Salgado, de asumir la de Cinematografía y Teatro. Tampoco se ocupó de participar en la gestión empresarial de sus hermanos o de hombres relacionados con éstos, como Gabriel Artiach ³

Añádase que, si dejó de publicar, no dejó de escribir. En el mes de mayo de 1984, con García de Valdeavellano visitaba en Avila a Sánchez-Albornoz, ya muy enfermo. Les acompañábamos Joaquín Azcárraga y yo. Don Claudio le pidió algún trabajo para su «Homenaje» que entonces se comenzaba a imprimir y Torres se lo prometió. A su regreso a Madrid envió a Buenos Aires uno de sus textos inéditos, el relativo a la muerte de Enrique I que aparecía en el volumen II ⁴, y debo

² Acertadamente comenta BUCHNER, retirándose a piezas como la *Laudatio Turiae*, o la *Laudatio Murdiae* y en general a los *tituli, elogia y laudationes*, que «Sie heroischen nicht den Toten, sondern fassen das Ganze seines Lebens in einem Urteil zusammen, so wie dann die Geschichteschreibung darin ihre vornehmste Aufgabe gesehen hat»; *Römische Literaturgeschichte*, Stuttgart, 1968, pp. 22-23.

³ Las actividades empresariales de esta familia se inician en la vida del padre de Manuel Torres López y de ahí pasan a sus hermanos y los hijos de éstos, pero no a nuestro protagonista. Respecto de su ámbito infantil y familiar juvenil puede verse la documentada síntesis de MESA SEGURA, J. A., «Don Manuel Torres López visto desde Granada», en *Revista de Historia del Derecho*, II-1 (1977-1978), pp. 461 y ss. El ambiente y espíritu granadino de aquellos años, está magistralmente descrito por FERNANDEZ ALMAGRO, M., «Viaje al siglo XX», Madrid, 1962.

⁴ TORRES LÓPEZ, M., «Sobre la muerte de Enrique I de Castilla», en *Estudios en Homenaje a D. Claudio Sánchez Albornoz en sus 90 años*, II, Buenos Aires, 1983,

decir que me consta cómo destruyó al menos tres monografías amplias, al trasladarse a Córdoba. Una sobre el concepto de feudalismo, otra acerca de historiografía y una tercera sobre aspectos jurídicos en la preparación de la Gran Armada ⁵.

Ni dejó de escribir, como apuntan quienes creen que basta para afirmarlo la cita de sus «Lecciones» ⁶ o la «Historia» dirigida por Menéndez Pidal ⁷, ni aspiró a una carrera política. Queda dicho que no hizo lo primero y añadido que no quiso lo segundo. Su desencanto político, ya perceptible en los dos datos que ofrecí antes, se consolidó en 1956. Para nadie es un secreto que en su juventud y en la más temprana madurez se había movido en ambientes de derechas, llegando incluso a participar desde ese espacio en elecciones a diputados en la II República, y sin embargo, yo discreparía de quien le calificase como democristiano ⁸. Diré el motivo.

Durante muchas horas de aquellos treinta y cinco años nuestros dialogué con él, teniendo como fondo un cuadro de Marino Antequera que evoca las adelfas en

pp 469 y ss. Por cierto en la línea 13 de la primera página de este trabajo falta, «no» como última palabra de la línea (o primera de la siguiente), sabido es que los autores no hemos recibido pruebas para corregir en esta publicación

⁵ Restos de esta última son las referencias contenidas en la *Memoria* de 1944 del C.S.I.C.; y las conferencias pronunciadas en el V Curso Universitario de Vigo «Felipe II y el Marqués de Santa Cruz en la jornada de Inglaterra» (5-9-1947), y en el Colegio Mayor Jorge Juan (Madrid, 1964) «Sobre una famosa carta del Marqués de Santa Cruz a Felipe II».

⁶ Existen dos ediciones de sus «Lecciones de Historia del Derecho español», una en 1933 (vol. I) y 1934 (vol. II) y la segunda en 1935 (vol. I) y 1936 (vol. II). La obra estaba proyectada para cinco volúmenes y su plan completo, en 121 capítulos, puede verse epígrafe por epígrafe en el «Programa de Historia del Derecho español», editado en Salamanca en 1931.

Entre las reseñas que esta obra suscitó, cabe citar las de *Revue historique de droit français et étranger*, 3 (1934); *Rivista di Storia del Diritto italiano*, VIII-3 (1935); *Weltwirtschaftliches Archiv* (Kiel), 40-1 (1934). *Revista Javeriana* (Bogotá), IV (agosto 1935). Entre las españolas destaca la de Usón Sese.

⁷ Pertenecen a TORRES en ella, en primer lugar la segunda parte del vol. II («España romana»), que comprende once capítulos, bajo el título general «La península hispánica, provincia romana (218 a. de C.). Instituciones económicas, sociales y político-administrativas», pp. 285-519, fue editado en Madrid, por segunda vez en 1955.

El vol. III («España visigoda») se reeditó en Madrid, en 1963 y a TORRES pertenecen la parte primera, «Las invasiones y los reinos germánicos de España (años 409-711)», en siete capítulos, pp. 3-140; y la segunda «Instituciones económicas, sociales y político-administrativas de la península hispánica durante los siglos V, VI y VII», que contiene diez capítulos (pp. 143-380). De éstos, el III corresponde a GIL FARRÉS, el VI a PRIETO BRANCES y el IX a GIBERT, pero los otros siete son de TORRES. Tanto esta colaboración como la anterior se escribieron por TORRES en Munich, en su segunda estancia en Alemania que corresponde a la época de cénit de sus relaciones científicas con Claudio BARÓN DE SCHEWERIN, el mayor de los BEYERLE y Eugenio WOHLHAUPTER. El primero fue, como se recordará el maestro de THIEME, que continuará reeditando y poniendo al día sus *Grundzüge*. Es muy claro el eje Friburgo-Munich, en las relaciones entre estos profesores. Cfr., inf., notas 9 y 13.

⁸ Así lo hace en su, por otra parte simpática semblanza, CUENCA TORIBIO, José Manuel, «Semblanzas andaluzas (Galería de retratos)», Madrid, 1984, pp. 84-86. Antes apareció en el periódico *Ideal* de Granada.

el Generalife. Ahora, cuando recuerdo sus palabras y releo sus cartas y mis notas, percibo con solidez en él algo así como un tronco espiritual, entretejido de influencias y amistades, perdurables en la desrealización sucesiva de su vida. Ahí se mezclan, con su cristianismo perenne, presencias, afectos y experiencias

Presencias de Agustín Viñuales, Fernando de los Ríos o el jesuita Doderó Afectos de Alfonso García Valdecasas, Pepe Segura (padre), Antonio Luna, José Prat, Manuel de Falla y Federico y Paco García Lorca. Experiencias, alemanas La inicial, en los años veinte, advertía para su perplejidad una tolerancia confesional incasable con las hondas raíces sociales del futuro nazismo. El conflicto que le suscitó esa doble percepción fue objeto de análisis en las convivencias mantenidas esos años entre Torres, Carande, Zubiri y Rubio Sacristán, en el Friburgo de Lenel, los Beyerle, v. Below y Finke⁹, y se le hizo ya insostenible más tarde siendo lector de español en Munich. Podría aportar pruebas documentales y de testimonio acerca de esas dudas en el ánimo de los cuatro españoles, pero me limitaré a publicar la dedicatoria latina que, con humor, le escribió Carande en un libro regalado, como «launegildo» supongo, de las clases de latín que Torres le dio en Friburgo en 1922 y 1923, en la recogida paz de su alojamiento en la calle *Drei König*.

«Magistrum M. Turris Lupi. Granatam utroque iuris Doctorem Sapientissimus linguae latinae, in verborum nominarumque structura accuratus, doctissimus sine camelibus (sic), humiliter studiosus Raimundus, Hispaniae filio, dedicavit»¹⁰. Quien pueda captar lo que ese texto desvela de comunicación larga de

⁹ Torres fue discípulo directo aquellos años de Lenel, cfr. sobre éste LEVY, E., «Otto Lenel (necrologio)», en *Rivista di Diritto Privato* V-1 (1935-XIII), pp. 69-74. Sobre los hermanos Beyerle cfr. STUTZ, V., «Konrad Beyerle, ein Nachruf», en el vol. 54 (1934) del *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, y THIEME, H., «Franz Beyerle», íd. 69 (1979). Respecto de von Below, su huella es evidente tanto en los trabajos de Torres, como en los de Carande, vid. de este A.H.D.E. 4 (1927) y 1 (1924), añádase KLAIBER, L., «Georg von Below. Verzeichnis seiner Schriften», en *Vierteljahrschrift für sozial-und Wirtschaftsgeschichte* 14 (1929). De Finke hablo más abajo (nota 31) pero obsérvese la recensión de Carande en A.H.D.E. 1 (1924) como muestra de lo interrelacionado del grupo. Además Carande dedicó públicamente parte de su obra a von Below y movidos por Torres, el granadino GÓMEZ ARBOLEYA y yo le prestamos gran atención; aquél en su «Historia de la estructura y del pensamiento social», Madrid, 1957 (esta obra se preparó en gran parte en la Sección del Instituto de Estudios políticos que dirigía entonces Torres) y por mi parte en la «Historia de España» dirigida por SUÁREZ FERNÁNDEZ, vol. IV, Madrid, 1984. Sobre Stutz hay una nota necrológica en A.H.D.E. 13 (1936-1941) pero es mucho mejor la de SCHULTZE, A., en el vol. LIX de la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung (Germ. u. Kan. Abt.)*. Acerca de Antonio Luna, puede verse a TRUYOL SERRA, A., en el libro homenaje al primero, Madrid, 1969. Sobre Carande, cfr. el prólogo de PÉREZ DELGADO, R., al libro «Galería de raros», Madrid, 1982. De Rubio Sacristán ha escrito ANES ALVAREZ DE CASTRILLÓN, G., en su respuesta al «Discurso» de ingreso del primero en la Real Academia de la Historia. Para Zubiri, puede consultarse la ceñidísima pero certera nota que abre su «Homenaje», Madrid, vol. I, 1970.

¹⁰ Es un texto escrito a lápiz sobre el vol. I de los «Commentarii de Bello gallico et civili», Mannheim, 1779, que, por donación de Torres, conservo en mi biblioteca.

sentimientos y criterios entre los dos sabios, en aquellos años y aquella Universidad, no necesita mayor explicación para aceptármelo como prueba

Como Tovar, Ridruejo y Lain tuvo fe Torres en una recreación de España para la convivencia desde 1939. Quizá impulsado por las actitudes de Unamuno, su rector en Salamanca siendo él decano de la Facultad de Derecho ¹¹, había creído en las posibilidades de un nuevo Estado Ausente de Salamanca en los días tensos que vieron la decepción y la muerte de Unamuno, publicó desde un primer falangismo revolucionario que luego sería decapitado entre los vencedores, un folleto ¹² que explicaba sus ilusionadas ideas. Estimaba más tarde que su presencia en Madrid en el verano del 36 había sesgado para él percepciones que sí alcanzó Unamuno

Pero no tardaron en llegarle los golpes. Quizá el primero fue la sentencia contra Besteiro, después de haber animado a Ignacio Arenillas, antiguo ayudante de su cátedra y ya casado con una sobrina suya, para que asumiese su defensa ¹³ O

¹¹ Ocupó ese cargo por elección a poco de cumplir los treinta años. Cfr. A.H.D.E. 9 (1932). Por la acerba crítica del sistema universitario vigente entonces contenida en su trilogía de conferencias «El mito de Prometeo y la Universidad española» fue destituido por la Dictadura pero reelegido inmediatamente por sus compañeros. Todavía en 23 de enero de 1936, en una nota de siete asociaciones de estudiantes salmantinos publicada en la prensa se decía que «por parte del decano de la Facultad de Derecho, su actuación merece todos los elogios». Una de sus grandes preocupaciones de esta etapa, consistió en luchar contra la degeneración que, como concepto siempre y como realidad en muchos casos, suponían los entonces existentes profesores auxiliares permanentes.

¹² Conozco las versiones «Social Work in New Spain» y «Socialni dilo noveho spanelskeho Statu», 1938. En realidad las preocupaciones sociales de TORRES venían desde su adolescencia, bajo la influencia, en Granada, del jesuita Doderó y ello explica su afanosa difusión de la doctrina social de la Iglesia en ámbitos populares y juveniles, como lo prueban su pequeño texto «El descanso dominical» en una «Hojita dominical» y las conferencias dadas siendo ya catedrático de Salamanca a los «Luis» del padre Clairac (con motivo de una excursión de éstos a Cantalapiedra y Villaflores) sobre los temas «El trabajo como ley divina y como necesidad humana» y «La mujer en el hogar; la mujer moderna y la mujer cristiana». Si bien el primer texto está impreso y hay referencia en la prensa salmantina de las conferencias, los papeles recibidos de Torres por mí no permiten ofrecer referencias más precisas acerca de la fecha

¹³ ARENILLAS DE CHAVES, I., «El proceso de Besteiro», Madrid, 1976. De su colaboración con Torres en su cátedra salmantina queda una huella en el A.H.D.E. 11 (1934) el trabajo «La autobiografía de San Valerio (siglo VII) como fuente para el conocimiento de la organización eclesiástica visigótica». Se trata de un estudio sugerido por Torres, quien a su vez había publicado «Una olvidada autobiografía» sobre la *Vita* de San Valerio en los *Gesammelte Aufsätze zur Kulturgeschichte Spaniens. Spanische Forschungen der Görresgesellschaft*, vol. III (1931), estimulado por el desconocimiento del tema que mostraba MISCH, G. en su «Geschichte der autobiographie», vol. I *Das Altertum*, Leipzig y Berlín, 1907, que Torres conoció en Friburgo en 1918. La monografía de ARENILLAS DE CHAVES, se leyó en la «Semana de Historia del Derecho Español», realizada en Salamanca y Madrid en 25 de abril y 3 de mayo de 1932, en gran parte bajo la inspiración de Torres que poco antes había asistido al *Deutsche Rechtshistorikertag* celebrado en Jena. Esta Semana española era la primera de su género y claramente se advierten: el modelo, alemán, y el importador, Torres. Esa influencia, además de en las importantes intervenciones que tuvo se muestra en la presencia de sus amigos alemanes

cuando le dijeron que había de estudiarse en secreto el caso de la supuesta vinculación masónica de Antonio Luna, para proceder a desplazarle con sigilo. Sólo un año ostentó la Alcaldía de Salamanca y quizá el retorno fugaz a su Granada, ahora como profesor, no fuese otra cosa que una forma de huir de una Salamanca que ya no era la suya, aquella donde antes había desdeñado ofertas rectorales que se le antojaron impúdicas. Poco a poco, como ocurre con un caudal vertido, se le fue escapando de entre el alma aquella primera convicción. Si en 1940 asistió como conferenciante a la Semana Augustea que conmemoraba el Centenario del Pilar, lo hizo como científico, en compañía del romanista Riccobono. Y también un grado y papel esencialmente cultural tiene su presencia en la misión presidida por García Escámez que visita en 1947 la República Dominicana y otros ocho países americanos¹⁴. Para cualquiera que conozca la existencia de ciertas bolsas de espíritu crítico y luchador en la España oficial de aquellos años, no será sorpresa su presencia como subdirector en el Instituto de Estudios Políticos, o su condición de consejero de la Hispanidad (B.O.E. 286, 13 de octubre de 1941) Pero cuando llegó 1956, las amenazas de muerte que le dirigieron falangistas alienados, su expulsión a París, y su críptico cese como decano de la Facultad de Derecho¹⁵, le convencieron de aquel error compartido.

Confiando en la experiencia de los ceses y apercibimientos que había sufrido como decano y catedrático en la época de la Dictadura de Primo de Rivera, cuando destituido por el Directorio fue reelegido por su claustro, esperó, soy testigo de ello, idéntica postura de quienes según el escalafón eran sus compañeros de Facultad en 1956. Pero se equivocaba, como la paloma de Alberti, y sólo tuvo la simpatía de los alumnos¹⁶. Aunque mantuvo su empaque y se consideró como decano legítimo frente los nombrados para sucederle, en el fondo de su alma quedó una herida respecto de colegas y autoridades. Y la restañó volcándose en su tra-

Conrado Beyerle y Claudio de Schewerin, entre otros, cfr. A.H.D.E. 9 (1932), pp. 487-494. Unamuno y Alcalá Zamora, entre otras personalidades, asistieron a los actos

¹⁴ Existe una reseña de ese viaje en el *Boletín* editado por la Cámara Oficial Española de Comercio e Industria de Ciudad Trujillo, 101, agosto 1947. Allí Torres dio una conferencia en la Casa de España sobre el tema «Cómo era España cuando encontró a América», pero además pronunció otras más en Nueva York, Washington, Tegucigalpa y Puerto Rico y realizó amplias declaraciones en diversos periódicos de esos y otros países visitados, que confirman mi calificación a su presencia (por ejemplo, «Diario de la Marina»); como resumen de todo ello, en honor a la brevedad, pueden citarse sus declaraciones al diario granadino *Ideal* de 19 de noviembre de 1947. Me consta que mantuvo algunos contactos secretos con profesores exiliados españoles, pero carezco de información que pueda publicarse sobre su carácter y resultados.

¹⁵ Apareció como «nota remitida» por el Ministerio de Educación Nacional a la prensa periódica, por ejemplo *ABC*, de Madrid, 12 de febrero de 1956, p. 56, pero no se publicó en *B.O.E.* Torres mantuvo siempre sobre ese fundamento, su legitimidad como decano frente a nombramientos de decanos hechos con posterioridad.

¹⁶ Testimonio de esa actitud escolar es el folleto, impreso en 1957 y reeditado en 1982, «Fiesta del Rollo, 1956», donde aparece una simpática visión cómica de la intervención de Torres en aquellos sucesos.

bajo con los estudiantes, tarea que prolongó aun después de jubilado en la organización de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Torres mismo narró para el programa «Ayer», de Elías Andrés (hace poco emitido en TVE), aquella penosa crisis ¹⁷ y Roberto Mesa ¹⁸ ha publicado la amplia evidencia documental de su papel y criterios en aquel febrero de 1956.

Lo más peculiarmente suyo en este tema fue la invariable convicción de que su deber era quedar apartado para siempre de la práctica política como precio de su equivocación. Tanto ante Tovar como ante Lain le oí negarse al derecho a la credibilidad para reiniciar otro rumbo. Sólo habló en público sobre tales cuestiones como testigo de la defensa ante los Tribunales que enjuiciaron a los «delincuentes» de 1956 como Francisco Bustelo ¹⁹. Su olímpico desdén por el régimen político existente tuvo de nuevo ocasión de manifestarse cuando a fines de los sesenta la antigüedad le colocó de nuevo en el ejercicio de las funciones de decano ²⁰. Quizá el único bálsamo a su amargura se lo ofreció el rector Bustelo, quien convocó y presidió un acto académico que, además de presentar el libro de Mesa ²¹, quería hacer honor al comportamiento íntegro y arriesgado de aquel hombre fiel a su sentido de la dignidad y la coherencia con las que defendía, no la tenencia de un cargo, sino el especial y atípico papel que según él correspondía a la política en la vida universitaria.

Análogo proceso de marginación, quizá más agudo y más temprano, se observa en su vida académica. Se trata de un fenómeno sutil, que con sutileza debe ser

¹⁷ Antes habían hecho declaraciones similares RUIZ-GIMENEZ, J., en el diario *Ya* (13-5-1976) y LAIN ENTRALGO, P., en diario *Ya* (2-5-1976) y *Diario 16* (5-2-1981)

¹⁸ MESA, Roberto, «Jaraneros y alborotadores. Documentos sobre los sucesos estudiantiles de febrero de 1956 en la Universidad Complutense de Madrid», Madrid, 1982. El texto introductorio de Mesa refiere con exactitud y rapidez los hechos. Puedo decirlo así en cuanto yo mismo, entonces estudiante, participé en ellos y dispongo además de un ejemplar de la obra acotado manualmente por el propio Torres, que certifica así de su conformidad. Debe salvarse la errata «el» por «al» que figura en la línea 25 de la p. 100 y que altera gravemente el sentido.

¹⁹ Me consta que dadas las condiciones de censura existentes, un amplio número de representaciones diplomáticas extranjeras enviaron diversas personas con instrucciones para captar y fijar por los medios posibles las declaraciones efectuadas. Ese material documental constituirá el día que pueda ser accesible una fuente importante para la historia española de aquellos años.

²⁰ Está por historiar y documentar seriamente, como se ha hecho para el año 1956, la actuación universitaria contra el Gobierno del general Franco en los años 1968 y 1969, que concluyó con confinamientos y un estado de excepción. Existe un reportaje resumen publicado en *El País* por ARSENIO ESCOLAR. También participó Torres en aquellos sucesos, por las razones indicadas. Aparte de su pugna con los agentes y fuerzas de seguridad, presentes en las Facultades de Derecho, para lograr que respetasen la libertad interna del recinto académico, es de destacar el texto (que conservo) presentado por Torres a la Junta de Facultad para pedir al rector (Enrique Gutiérrez Ríos) que dimitiese y lograrse al Ministro «se habiliten medios legales para que la Universidad pueda tener autoridades que la representen con legitimación no puramente formal». Dispongo en mi archivo del texto completo que yo mismo mecanografié, dictándolo Torres.

²¹ Se celebró el 4 de febrero de 1983, con la participación de Roberto Mesa, Pedro Lain Entralgo, Enrique Múgica, Javier Pradera, Joaquín Ruiz-Giménez, Jorge Semprún, Ramón Tamames y el propio Manuel Torres López.

seguido. Comencemos por ser conscientes de un hecho inicial; a mediados de la década de los treinta, poco antes de estallar la guerra civil, era Torres el profesor más dinámico, moderno y maduro que existía entre los historiadores del Derecho español. Lo prueban así sus trabajos y libros aparecidos hasta ese momento y desde 1925; su pública preocupación por una pedagogía universitaria moderna que desterrase los exámenes²² y su actuación sobre el plan de estudios de Derecho, introduciendo dos cursos de Historia del Derecho en la Licenciatura²³. Su presencia y autoridad en la Semana histórico-jurídica de 1933 fueron protagonistas de ella. En síntesis, al llegar la guerra civil de 1936-1939, era Torres quien movilizaba discípulos, proponía métodos, diseñaba planes, lanzaba manuales y publicaba monografías de investigación. No pretendo decir que fuese el único que hiciera algo de todo eso, pero sí digo que lo era respecto a moverse simultáneamente en tales campos, y quien dentro y fuera de España suscitaba mayor atención entre los especialistas.

Como quiera que jamás dejó de dar clase²⁴, nunca hubo en él alejamiento de la vida universitaria por razones políticas. Suena mucho a pretexto que se alegue su vida pública, modesta y poco convencida como ya he descrito, para explicar cómo después, inmediatamente después de la guerra, el papel de Torres ya no iba a ser el mismo. No, en realidad Torres no se marchó de la Historia del Derecho. Más bien lo empujaron. ¿Quiénes, cómo y para qué? Entramos así en el reino de las sutilezas que antes mencioné y es difícil afirmar. Me limitaré a sugerir dos claves interpretativas solamente. Las oposiciones a cátedras y el Anuario de Historia del Derecho Español.

Respecto del primer punto, no es necesario y no quiero tampoco citar nombres, pero existen, están impresos y se descubren en la lectura inteligente de los

²² Me refiero a sus conferencias que he citado en la nota 11. Se dieron en 1927, en la Casa del Estudiante de Salamanca. Una referencia amplia de prensa recoge frases tajantes «los exámenes son estímulos para quien no quiere aprender» y refleja bien la tesis de Torres sobre la necesidad de su eliminación, puntos en los que coincidía con los criterios del arabista Ribera, haciendo cita expresa de ellos y del sistema de enseñanza universitaria que él había conocido como vigente en Alemania. Para resumir, se trataba de los antípodas de estimaciones como la de D'ORS, quien más tarde había de opinar que son «el prosaico tapón que impide se pierda el preciado licor de la docencia», en la p. 16 del, al menos pintoresco, prólogo a sus «Papeles del oficio universitario», Madrid, 1961.

²³ Figura, a propuesta específica de Torres, como tercera de las conclusiones de la Semana de 1932 ya citada aquí. «En el primer curso se estudiarían las fuentes y la historia de las instituciones sociales y políticas; en el segundo, la Historia del Derecho privado, penal y procesal», Cfr. A.H.D.E. 9 (1932) p. 494. Tendría éxito y hasta 1956 figuró así en los planes de estudio.

²⁴ Nunca tuvo Torres cargo alguno que le obligase a no atender su cátedra. Ello prueba que su vida pública fue, como he dicho modesta, y no respalda a quienes afirman que se alejó a causa suya, de la vida universitaria. Acabada la guerra, pasó de la Universidad de Salamanca (ya he apuntado motivos) a la de Granada y de ésta a la de Madrid. Tras jubilarse en 1970 fue profesor contratado en la Universidad Autónoma. Tres profesores adjuntos suyos obtuvimos la máxima titularidad académica en ese tiempo, Juan García González, catedrático en 1950; yo mismo, que lo sería en 1968, y Joaquín Azcárraga, que le acompañó además todo el tiempo que permaneció en la Autónoma para alcanzar la cátedra en 1981.

Boletines Oficiales, ciertos Tribunales de Historia del Derecho que se repitieron, con la sola excepción de Torres, después que afirmase de palabra y obra su resistencia a votar a determinados candidatos por sólo el hecho de venir sostenidos a flote del gran grupo de presión que emponzoñó la práctica de muchas de las pruebas académicas desde la posguerra española. Algunas veces me comentó que Franco había dicho de él «Torres no es de fiar». Es más que probable que el general estuviese pensando en los casos de García de Valdeavellano o de Tierno Galván, que, en el ecuador de su vida, alcanzaron éxito en diferentes oposiciones, el primero de cátedra y el segundo en otra diferente, gracias a la cabezonería del granadino frente a los vetos entonces peores, los formulados a media voz en círculos «autorizados»

Torres percibió muy claramente que, si desde pronto empezó a sesgarse en el nombramiento de Tribunales de su asignatura, algo parecido ocurría en su nominal y nada tolerada participación en la dirección del AHDE (y no ignoraba por quiénes y para qué), a la que había sido incorporado desde 1926, y ese proceder se agudizaría desde el 56. Aquel mismo año me dijo: «Quien viene conmigo, viene al destierro». Acertó Acertaba siempre.

A estas alturas del discurso, es posible que algún lector piense que, si todo lo escrito es cierto (y a fe que lo es en plenitud), él no conocía bien a Torres en lo humano. Consuélese pensando que es muy poco probable que lo conozcan muchos ni siquiera en lo científico. Veamos. En el volumen XL (p. 830) del AHDE, alguien, que no firma, escribe: «el profesor Torres López ha sido el agente de una profunda germanización de la historiografía jurídica española» Me he preguntado muchas veces: ¿cómo se entiende esa frase?

Si a trabajos monográficos del mismo AHDE nos atenemos, Torres resaltó los caracteres de continuidad bajorromanos en lo referente a las iglesias propias frente a la tesis de origen germánico defendida por Ulrico Stutz²⁵, y minusvaloró drásticamente, al contrario que Sánchez-Albornoz, la huella del *comitatus* germánico en la traza del Estado visigótico²⁶

²⁵ «El origen del sistema de *iglesias propias*», A.H.D.E. 5 (1928), pp. 83-217. Como es lógico, esa discrepancia no aminoró el afecto y respeto mutuo entre Stutz y Torres, quien siempre permaneció atento a la producción de aquél y procuró difundirla entre nosotros, cfr. por ejemplo su amplia recensión a la obra *Die papstliche Diplomatie unter Leo XIII, nach den Denkwürdigkeiten des Kardinals Domenico Ferrata*, Berlín, 1925 (separata), en A.H.D.E. 3 (1926), pp. 534-540. Señalaré de paso que siempre fueron muy amplias las recensiones preparadas por Torres, e iban más allá de la mera descripción del libro comentado.

El trabajo de Torres señalado al comienzo de esta nota, engarza con el mencionado en la 27 y ambos debían haber sido completados por un tercero «Diócesis, Parroquia, Monasterio e iglesia propia en nuestra Península hasta el siglo VIII», anunciado para el vol. VI del A.H.D.E., en «Trabajos de investigación», folleto editado por la Junta para ampliación de estudios, con referencia al curso 1929-1920, p. 6. Pero ese trabajo no llegó a publicarse. Únicamente queda el resumen de las ideas de Torres sobre las relaciones entre esas cuatro entidades, hasta la época visigótica, en sus *Lecciones* (cit. en nota 6) y la *Historia* (cit. en nota 7) Cfr., inf., notas 27 y 30

²⁶ «El Estado visigótico»; A.H.D.E. 3 (1926), pp. 340-475.

No lo que desmañada torpeza se oculta por ese anónimo es que el verdadero mérito de Torres consistió principalmente en tres cosas. La primera, introducir los elementos canónicos en la panorámica de las atenciones de los historiadores españoles del Derecho. La segunda, señalar los rasgos de integración europea existentes en nuestra historia jurídica, reduciendo a sus términos correctos el latiguillo aldeano de «las peculiares consecuencias de la Reconquista», usado tantas veces como ridículo bálsamo de Fierabrás por nuestros investigadores. Lea quien lo dude su monografía sobre la doctrina de las iglesias propias en los autores españoles²⁷. Que todo eso y otras cosas se tocaron por él con el método de información exhaustiva en lo posible que es distintivo de nuestros colegas alemanes, es cosa evidente, pero ¿no es verdad cómo no parece querer señalar ese rasgo la frase de «la profunda germanización...»? Me atrevo a sugerir una respuesta. La mejor coartada para degradar el valor real de Torres consistía en olvidar lo que más claramente consolidó con su obra, el factor canónico, y sustituirlo por algo que apuntó, el factor germánico en la Alta Edad Media, pero que ni profundizó apenas²⁸ ni dejaba de presentarse en la investigación histórico-jurídica de los setenta como tesis envejecida y poco válida. Dejémoslo un momento sólo, para recordar su tercera aportación fundamental, también olvidada en esa evocación, la cualidad de su mente enseñoreándose en abrir en pocas palabras rutas nuevas, vías antes jamás transitadas por los investigadores de nuestro Derecho histórico y que ya desde su labor no podrían ser explanadas sin recordarlo, más allá de la erudición, como el que antes y mejor habrá sabido plantear el nudo esencial del tema propuesto²⁹. Por muchos que fuesen sus años, su palabra, su pensamiento, pre-

²⁷ «La doctrina de las *iglesias propias*, en los autores españoles», A.H.D.E. 2 (1925), pp. 402-461.

²⁸ Además de la declaración explícita de su «Programa» antes citado en la nota 6, «El derecho germanizado de los Estados cristianos de la reconquista y las recepciones» (p. 20) cabe citar una monografía: «Naturaleza jurídico-penal y procesal del desafío y el riesgo en León y Castilla en la Edad Media», A.H.D.E. 10 (1933), pp. 161-174 y tres recensiones. una conectada en parte con el trabajo anterior, a SALVIOLI, G., *Storia de la procedura civile e criminale*, en A.H.D.E. 4 (1927), pp. 483-498, otra a POLL, B., *Das Heimfallsrecht auf den Grundherrschaften Osterreichs*, en A.H.D.E. 3 (1926), pp. 577-582 (que le suministró la idea de examinar la mañería a su luz, proyecto que ejecutó Juan García González en su tesis doctoral) y la dedicada a la edición del *Libro de los Fueros de Castilla*, preparada por don Galo SANCHEZ, recensión que se publicó en el vol. XII de la *Revista de Derecho privado*, pp. 175-176.

²⁹ A esa cualidad pertenecen trabajos como el que dedicó a «El origen del señorío solariego de Benamejé y su Carta puebla de 1549» (leído en la Semana de 1932, arriba citada) en *Boletín de la Universidad de Granada* 4 (1932), pp. 547-583. Precisamente el 17 de abril de 1986, en Benamejé, realizó Torres su último acto cultural público al presidir, intervenir y presentar el trabajo de la señorita Remedios MORAN, «El señorío de Benamejé. Su origen y evolución en el siglo XVI», Córdoba, 1986, que el propio Torres había prologado y para cuya preparación le había entregado una importante masa documental reunida y conservada por él. Algún tiempo antes, otro discípulo de Torres, Joaquín AZCÁRRAGA, había confirmado las suposiciones de aquél sobre el contenido de la Carta puebla perdida, al encontrarla y publicarla en la *Revista* cit. sup. nota 3.

Carácter pionero tuvieron también, en este caso para mí, sus observaciones, cursos y conferencias sobre las Cortes de Castilla, de las que ellas di cuenta en

paraba siempre para hallazgos juveniles. De él se puede decir la vieja reflexión romana *mihī uidetur acerba semper et inmatura, mors eorum qui immortale quid, arant*

Y vuelvo a la «profunda germanización .», pues ahí subyacen cosas que me intrigan. Que el AHDE de esos años diga tales palabras, ni puede ser casual ni es bueno dejar de analizarlo. Ocultar el papel pionero y protagonista de Torres en el tema de los elementos canónicos en nuestro Derecho³⁰ desviándolo hacia proyectos que en realidad apenas ejecutó coincide además con otro hecho. En el tiempo en que aparecieron sus investigaciones canónicas, florecieron monografías de un Derecho canónico de fuerte sabor reaccionario. Recuerde quien dude la firma, también sobre iglesias propias, por el P. Bidagor, precisamente enfrentada con la de Torres, no sobre aspectos del debate histórico, sino en puntos doctrinales re-

«Cortes de Castilla y León (1188-1988)» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 10 monográfico (marzo 1986), pp. 79 y 80. De otra se ocupó LÓPEZ ORTIZ, en el A H D E 14 (1942-1943), pp. 739-740. TORRES publicó una síntesis de sus ideas en *Sí*, suplemente del diario *Arriba*, el 5 de marzo de 1944, y en el año 1958 dictó una conferencia sobre el tema «Carlos V y las Cortes de Castilla», en la Sociedad Gorres de Madrid.

Asimismo, su recensión a LETURIA, «Der Hl. Stuhl und das spanische Patronat in Amerika», Munich, 1926, en A H D E 3 (1926), pp. 561-567, y la recopilación documental y de referencias de guía de archivo que él y yo publicamos con el título «Los Juros. Aportación documental para una historia de la deuda pública en España», Madrid, 1963, contienen, creo, una buena dosis de posibilidades y sugerencias a desarrollar. Cabría calificar también como aperturas de perspectivas nuevas para los historiadores del Derecho en el momento en que se publican, tanto «La idea del Imperio en el *Libro de los Estados* de don Juan Manuel», en *Cruz y Raya* 2 (1933), como «El arte y la justicia de la guerra en el *Libro de los Estados* de don Juan Manuel» íd. También, en planos diferentes «El proceso de formación de las Ordenanzas de Bilbao de 1937», Bilbao, 1937 (hay también una referencia a la primera forma de conferencia, en la prensa local), «La historia como obra de arte», Madrid, 1931, núm. XXXI de la «Primera serie de conferencias dadas en el Centro de intercambio intelectual germano español». Tampoco se sabía mucho ni del personaje ni de sus ambientes, cuando TORRES publicó «Juan de Segovia y su donación de manuscritos a la Universidad de Salamanca», en *Las Ciencias* (Madrid), IV-4 (1939). En general, si el rasgo comentado en esta nota se agudiza en ejemplos como los citados, está siempre latente en cualquier escrito de Torres. Quizá subrayaría los citados en la nota 34 inf.

³⁰ La nómina de sus preocupaciones canónicas debe completarse con otras referencias menores. Así, su participación como único español (Riaza no llegó a asistir, pese a estar anunciado) en el Congreso jurídico internacional convocado para conmemorar el XIV Centenario del Código de Justiniano y el VII de las Decretales, acerca de la cual puede verse, además los números de *L'Osservatore Romano* (lunes-martes, 12-13 de noviembre de 1924) (263; 22.631); miércoles 14, íd. (264; 22.632); jueves 15, íd. (265; 22.633), viernes 16, íd. (266; 22.634); sábado 17, íd. (267; 22.635), domingo 18, íd. (268; 22.636), y lunes-martes 19-20, íd. (269; 22.637), un reportaje de MARTÍN, I., en el diario «El Debate» núm. 7.786 (11 de noviembre de 1934) y las declaraciones del propio TORRES en el mismo diario (7.802, de 30 de noviembre de 1934) y en la «Gaceta Regional» de Salamanca, 2 de diciembre de 1934. Curiosamente la ed. de MANS PUIGARNAU, J., «Decretales de Gregorio IX. Versión medieval española», Barcelona, 1939-1943, no menciona la comunicación de Torres a este congreso, que versaba sobre este mismo tema y comentaba tres manuscritos que Mans maneja. El texto de TORRES se imprimió en el vol. III, pp. 291 y ss. de las *Actas* del Congreso, en Roma, 1934.

lativos a la concreta concepción y función tridentina que para aquel autor es invariable en la Iglesia. ¿Sería cierta la suposición que siempre mantuvo Torres, de que su desplazamiento estuvo originado en última instancia por alguna otra figura eclesiástica y canonista conservadora vinculada ya a la investigación histórico-jurídica, antes de la posguerra? Desde luego, ni su amistad con Zubiri o Gómez Piñán, ni su vida en la Alemania pluriconfesional, ni su discreto abandono de la Asociación Católica de Propagandistas, ni su escepticismo por los cortos vuelos universitarios de las iniciativas docentes de esa Asociación eran buenas credenciales para los maestros de quienes aún se estremecen cuando se cita a Rodolfo Sohm. Torres siempre sonreía cuando recordaba que ser él discípulo querido de Enrique Finke nunca había tranquilizado bastante a ciertas gentes³¹.

Prescindiendo de interesadas ruindades, este punto es capital en una semblanza de Torres. Así como se sintió profundamente granadino y aborrecía los excesos localistas de los adictos de la cofradía del Avellano, o se recordaba hijo metodológico de Alemania, pero daba importancia histórica central a factores romanos³² y canónicos, se sintió siempre esencialmente cristiano³³ y alejado de raíz de los reaccionarios. Luchó por redescubrir las venas cristianas de libertad ahogadas por ciertas prácticas históricas de la Iglesia, prácticas que algunos mixtifican con el Evangelio. Compartió esa pasión con Finke y vio con gusto, ya viviendo en Córdoba, que se entregasen sus fotos con él a la Sociedad Goerres, que Finke presidiera en vida, y de la que fue miembro activo y apologista toda su vida³⁴ para que quedase archivado allí el testimonio de su particular vinculación con quien peleó por rescatar el valor evangélico de libertad. Lea, quien dude de esta preocupación suya, la síntesis «Las libertades públicas nacen y se desarrollan a la som-

³¹ Cuando cumplió ochenta años TORRES le dedicó un largo artículo en «El Debate» de 16 de junio de 1935. Antes le había apadrinado como doctor *honoris causa* por la Universidad de Salamanca, con un discurso que apareció recogido en «La Gaceta regional» y «El Adelanto», el acto se celebró el 11 de abril de 1931. Cfr., una necrología en A.H.D.E. 13 (1936-1941).

³² Desde la redacción de su tesis doctoral «Las acciones noxales en Derecho romano», Granada, 1923.

³³ El periódico «Gaceta del Sur, Diario católico de Granada», en su número 4 804, de 2 de diciembre de 1918, sintetiza una intervención de Torres en un mitin al que acude como representante de «los jóvenes propagandistas católicos». Más tarde, en 1935, se publica su trabajo «Católicos ante la guerra», en *Estudios internacionales. Publicaciones del grupo español de la Unión de Friburgo*, Madrid. Como tantas otras veces ese trabajo se presentó primero como conferencia, de la que también puede citarse referencia de prensa. Ya queda dicho que se desvinculó de la ACN de P, pero no de la *Goerresgesellschaft*, cfr. sup. nota 32. En la misma línea se inserta su activa presencia en la «Asociación Francisco de Vitoria». En cualquier caso el talante espiritual, político y religioso de Torres era la más completa antítesis del que se adjudica a sí mismo D'Ors en su op. cit. sup. nota 22, pp. 16-18.

³⁴ Se documenta su presencia al menos desde la *Generalversammlung* de 1926 en Coblenza, y en 1983, con más de ochenta años, seguía asistiendo a las sesiones públicas más importantes, como en aquel año el Simposio sobre historiografía y la visita a S. M. la Reina Sofía. Ya ha quedado recogida su aportación a los *Spanische Forschungen* (sup. nota 13), y por influjo suyo ingresamos en ella Joaquín Azcárraga y yo.

bra de la Iglesia»³⁵, o sus trabajos sobre los forjadores de la doctrina del derecho internacional en la tardía escolástica española³⁶.

¿Quién fue realmente el maestro de Torres? No conoció a Hinojosa. Estudió con Rafael Acosta. Convivió con José Segura Soriano y amortajó, aunque no trató, a Díez Canseco. Pero ninguno de ellos fue, aunque queridos unos y respetados todos, su verdadero maestro. Yo creo que no lo tuvo. Al menos en carne individual. Para mí es figura nacida de dos ambientes, catalizada (si puede decirse así) por un hombre y acompañada por otro.

Granada de comienzos de siglo y Alemania de los años veinte son los ambientes. Ambos eran coincidentes en un talante respetuoso, cultural y de convivencia liberal. Ambos fueron dramáticamente rotos después. Pero a semejanza de como Alejandro Otero y Víctor Escribano colaboraron y se respetaron entonces en Granada siendo antítesis ideológicas uno del otro, también en Alemania coincidían, se estimaban y estaban en los antípodas de ciertas convicciones nucleares, Enrique Finke o Jorge de Below.

El hombre decisivo en su vida más joven fue, según sus propias afirmaciones, Agustín Viñuales, que le conoció en Granada y le empujó a Alemania. «Empezó por enseñarme alemán y acabó enseñándome a pensar, a escribir y sobre todo a aceptar que hay siempre alguna raíz de razón a estimar en cualquier comportamiento humano», me dijo una vez a presencia del mudo asentimiento de Ramón Carande. No creo necesaria ni oportuna mayor glosa, que señalar cómo a Torres eso de «maestro» siempre le parecía poco para definir a Viñuales³⁷.

Desde la perspectiva hacia lo humano, apercibida por sus ambientes y desenvuelta en compañía de Unamuno en su primera andadura como profesor, se entienden, se hacen íntimamente coherentes, cuatro rasgos diversos de su carácter y de su hacer científico que se integran, no sólo se yuxtaponen, si se considera desde donde se originan.

Así, su escaso interés por los honores. Discrepante, con acierto como hoy se ve, de la idea inspiradora del C.S.I.C. se negó pertinazmente a tomar la medalla de Consejero que le fue concedida de oficio y su presencia en centros del Consejo (por ejemplo el más antiguo Instituto «Francisco de Vitoria» fue prácticamente nominal, además de breve³⁸. Dejó pasar la toma de posesión del sillón para el que fue

³⁵ «El Debate», extraordinario de febrero, 1934, p. 17.

³⁶ El primero fue «La doctrina de Santo Tomás sobre la guerra justa y sus influencias en la de Francisco de Vitoria»; en *Anales de la Facultad de Filosofía y Letras* (Granada), IV (1928). Luego le siguieron otros dos, «Idea de la monarquía universal hasta Francisco de Vitoria, como antecedente de la Sociedad de Naciones», en *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria* 2 (1931) (hubo reseñas de la conferencia en la prensa local salmantina); y «La sumisión del soberano a la ley en Vitoria, Vázquez de Menchaca y Suárez», *íd.* 4 (1934); de la forma primitiva de conferencia que revistieron estos trabajos hay reseñas de prensa en Salamanca, «El Adelanto» y «La Gaceta regional», ambos de 10 de mayo de 1935. Estas monografías están emparentadas con dos que más arriba (nota 29) recogí y que se refieren al pensamiento de don Juan Manuel.

³⁷ Sobre Viñuales en el ambiente granadino, cfr. GARCÍA LORCA, Francisco, «Federico y su mundo», Madrid, 1981, pp. 97 y ss.

³⁸ Más ilusión parece haber puesto en la «Asociación española para el progreso de las Ciencias», y después de la guerra en el primitivo «Instituto de Estudios

llamado por la Academia de Jurisprudencia y Legislación. Y a través de don Modesto López Otero hizo patente a Menéndez Pidal tras una carta y una conversación al menos, que yo sepa, su deseo de plantear la opción de García de Valdeavellano en lugar de la suya propia, a la Real de la Historia. Era muy gráfica en este punto su frase, oída por muchos, «me tiene sin cuidado eso que llaman la posteridad». Pero engaña no poco la plasticidad externa de tal declaración. No se movía por desprecio a nadie, como diré enseguida. Ocurre que, era consciente de lo poco perdurable que resulta cualquier hallazgo de la reflexión humana, especialmente en el campo que cultivaba como científico.

Cierto sector mezquino de la posteridad suya, actualidad nuestra, denota que no le entendió. Hay mucha prisa, demasiada, para que nadie piense lo casi preceptivo que sería dedicarle una calle en esa Ciudad Universitaria de Madrid a que tantos años de mimo dedicó en contrapartida de su mínimo sueldo como Secretario-Administrador de la Junta de Obras³⁹. Y hoy sigue sin colocar su retrato en la Galería de Decanos de la Facultad de Derecho de la Complutense, centro docente agobiado por oportunistas endogamias obsesivas⁴⁰. Más dignamente le despidió, en cambio, todo debe decirse, la Universidad Autónoma.

Así, su inexistente esfuerzo polémico en defensa de sus tesis. Recuerdo sus carcajadas cuando cierto despistado colega sugirió que, en tema de fuentes y métodos no conocía a v. Schwerin. Añadía irónico «menos mal, siempre he temido que me acusasen de seguirle demasiado de cerca». Y en otra parte he recordado el sutil modo de discutir sin impresas que aplicó al «contra Dahn y contra Torress» de Sánchez-Albornoz⁴¹.

Así, su carácter entrelazado de hirsuto y bondadoso, cimentado en sus estimaciones de que no existe perverso inteligente, que inteligencia y bondad van unidas, y que «es preferible errar mil veces por presuponer la buena intención de los demás, que acertar una sola por anticiparse a creer en un oculto mal propósito», por volver a recoger una de sus muchas frases usuales que anotadas tengo. Ahí, en ese contexto hay que situar su abrupto mal trato a los que, con lenguaje coloquial, le resultaban «listillos» y no es cuestión de matizar más, pues esa palabra ya traga suficientes conceptos.

Así, si sorprende su desafecto por la música, se razona su amor por la poesía, donde quizá por influjo de Francisco García Lorca, tenía como central preferen-

políticos», donde fue Jefe de una sección de investigación. Véase además lo dicho sup. en las notas 33 y 34.

³⁹ Ostentó ese puesto desde 1952 hasta su jubilación.

⁴⁰ Ya queda dicha su historia allí como decano. Perteneció a su Claustro, procedente de Granada, desde 1941 como catedrático de «Historia de la Literatura jurídica», y de «Historia del Derecho español» desde 1949. Al fundarse la primitiva Facultad de Ciencias Económicas y Políticas se le encargó de la enseñanza de la asignatura de «Historia de las instituciones políticas y administrativas de España», tarea que desempeñó hasta que, dotada la Cátedra, la obtuvo don Luis García de Valdeavellano, en cuyo triunfo en las oposiciones para su provisión, Torres tuvo un destacado protagonismo combatiendo las suspicacias políticas que suscitaba al Gobierno el nombre del catedrático de Barcelona, de quien se recibía por ser antiguo institucionalista y discípulo de Sánchez-Albornoz.

⁴¹ PEREZ-PRENDES, J. M., «Semblanza y obra de don Claudio Sánchez-Albornoz», en *En la España medieval*, V. Madrid, 1986, p. 31.

cia a Rubén Darío. De jóvenes, Torres y el hermano de Federico habían disfrutado con una parodia, obra en parte del segundo, al «Responso a Verlaine» de Rubén. La llamaron «Responso al estudiante» y en una de sus estrofas se ironiza:

«La Historia del Derecho es algo sobrehumano
El Código de Eurico, el Breviario de Aniano
Los Fueros de Navarra y Aragón
La *Lex Visigothorum*, Partidas y Comicios
son temas sugestivos, fáciles y propicios
para soltar la empollación»⁴².

De las infinitas veces en que escuché a Torres recontar aquella anécdota y repetir el texto entero desde su ágil comienzo:

«jóvenes estudiantes que, con libros pesados y cargantes
pasáis de la vida lo mejor
que las musas os tiendan su corona de flores
y despreciando olímpicos cates de profesores
os déis a la bebida y al amor»⁴³

De entre esas veces digo, no recuerdo una sola que no le llevase tarde o temprano a recordar su poesía rubeniana favorita:

«quien, que és, no és romántico,
y no sabe de risa y no sabe de cántico»

y no concluyese en un particular y brevísimo silencio que otros días no era igual. Sólo me pareció percibir una similar forma de callar una tarde compartida con

⁴² GARCIA LORCA, *op. cit.* sup. nota 37, p. 101, cita una versión algo diferente. Yo reproduzco la que oí a Torres. Sobre esta dimensión estética, téngase en cuenta su «La Historia como obra de arte», cit. sup. nota 29.

⁴³ Esta estrofa inicial no figura en el libro de GARCIA LORCA, cit. sup. p. 101 como tampoco la final. Señala García Lorca que se dedicaban versos sucesivos a las asignaturas y «se iban adelgazando las materias hasta una simple enumeración». La estrofa final decía

«Todo esto es muy bello, magnífico, esplendente.
Pero más, bello de lindas modistillas sonriente
es el escuadrón sin igual.
El licor que enardece, la novia que consuela,
el dinero que falta y la ilusión que vuela
en un atardecer sentimental »

De la amistad estrecha de Torres y Federico queda, entre otros testimonios, la fotografía de una excursión que hicieron junto con Falla, García Valdecasas, Segura y Luna, al castillo de la Calahorra (cfr. el vol. de la *Revista de Historia del Derecho*, cit. sup. nota 3, donde se reproduce), además HERNANDEZ, M., ha publicado en el prólogo (pp. XXIII-XXIV) del libro cit. sup. nota 37, la carta de Federico en la que narra esa excursión

Ian Gibson y conmigo. Fue después de decirle a sus preguntas sobre la muerte de Federico, «hay nombres y los sé, pero no los espere de mí Yo sé también que existen hijos y familias de quienes actuaron contra el, que para nada hubiesen aceptado aquella bestialidad». No dijo más.

Cuando tan honda y tenazmente como él se ha enseñado y reflexionado sobre el concepto científico, ese concepto llega a ser un símbolo de la propia vida. La forma ancha y mimada en que Torres concibió la Historia del Derecho coincidió con su liberal y matizada manera de entender el mundo. Supo señalar lo decisivo de las articulaciones que ligan el acaecer económico, el pensar jurídico y el sentido, más que la sola descripción, de las instituciones y las fuentes Nos puso a muchos en la pista de la inseparabilidad del dato jurídico respecto del flur histórico en que se encarna ⁴⁴.

Estudió y enseñó, sufrió y gozó, afirmó y negó con el gesto conteniéndole la expresión del ánimo. «Siempre supo estar en su sitio», me decía de él hace poco su amigo Gómez Orbaneja, el jurista. Quizá esa sea la mejor frase para epitafio de quien supo reservar, con pudor, dolores que otros hubiesen elegido desahogar en una comunicación distinta de la mirada, o la mínima mueca que parecía en él mezcla lejana de sonrisa y lágrima.

En cualquier caso, ¡Tandem quiescit!

JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO

† JOSE PERAZA DE AYALA Y RODRIGO DE VALLABRIGA

(1903-1987)

En el volumen IV del «Anuario», aparecido en 1927, entre las páginas 225 y 297, incluía un estudio sobre los antiguos Cabildos de las Islas Canarias que, en su origen, era una tesis doctoral procedente de un joven de veinticuatro años, llamado José Peraza de Ayala Con el fallecimiento reciente de Peraza de Ayala desaparece uno de los más antiguos colaboradores del «Anuario», sobre todo, tras la muerte, también todavía reciente, de Ramón Carande. El estudio sobre los Cabildos canarios no fue una colaboración esporádica, sino que a él siguieron otros, como «El contrato agrario y los censos en Canarias», «Los fieles ejecutores de Canarias», «El Real Patronato de Canarias», «La Intendencia en Canarias» y «La jurisdicción eclesiástica en Tenerife antes del Obispado», aparecidos, respectivamente, en 1955, 1957, 1957-58, 1960, 1970 y 1972 A los estudios hay que agregar la recensión de una colección documental sobre Tenerife, que apareció en el volumen correspondiente a 1956.

⁴⁴ Son muy expresivos de ese carácter los trabajos reunidos, por ejemplo en la nota 29, especialmente los que se refieren a conexiones con temas económicos y literarios, pero quizá era en su palabra directa donde mejor se percibía ese palpar de la Historia total. Pensábamos en ello sus colaboradores cuando, al cumplir sus cuarenta años de docencia, le dedicamos un texto de recuerdo y homenaje escrito en latín que concluía señalando *quia uerba tua manent*.

José Peraza de Ayala había nacido en La Laguna el 19 de septiembre de 1903, y el año 1924, el mismo en el que aparecía el «Anuario», ya había fundado la «Revista de Historia», que con el tiempo se convertiría en la «Revista de Historia Canaria», participando, después, en la fundación del Instituto de Estudios Canarias y presidiendo el Ateneo de La Laguna durante los años 1959-1961. Tras doctorarse, Peraza de Ayala formó parte del cuadro de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Laguna, donde en la Cátedra de Historia del Derecho, fue Auxiliar, Profesor Adjunto y Profesor Honorario, al tiempo que en la Universidad llegó a ejercer las funciones de Rector entre los años 1932 y 1934.

Peraza de Ayala ha sido durante muchos años el Catedrático efectivo en la asignatura de Historia del Derecho, supliendo los vacíos provocados por el absentismo, y, sobre todo, por la frecuente situación de Cátedra vacante en que se ha hallado la Universidad de La Laguna.

La obra de Peraza de Ayala no se limita a las publicaciones en el «Anuario», y es vasta y realizada con esmero y pulcritud. Parte de ella está referida a cuestiones genealógicas, pero domina la relativa a la Historia del Derecho con la referencia obligada a Canarias, dado el alejamiento geográfico del autor respecto a los depósitos documentales del resto de España.

En la obra de Peraza de Ayala, la Historia del Derecho aparece concebida como Historia de las Instituciones. Al principio, el estudio de las instituciones se realiza todavía en un plano formal, con aportaciones documentales importantes, como las Ordenanzas municipales del Hierro, de 1705, y la Compilación de las Ordenanzas de Tenerife, de Juan Núñez de la Peña, en 1670. Sin abandonar nunca esta dirección y su dedicación a la Historia del Derecho, en 1952 imprime un nuevo rumbo a su trabajo, con la publicación del libro titulado «El régimen comercial de Canarias con las Indias, en los siglos XVI, XVII y XVIII». Basado en importante documentación inédita, procedente de los antiguos Cabildos de Tenerife y la Palma, el libro sintoniza con la influencia ejercida por la conocida Escuela francesa de los «Anales» y con la postura metodológica del gran maestro catalán Jaime Vicens Vives, quien lo destaca al reseñar en el «Índice Histórico Español» los estudios históricos españoles aparecidos entre 1951 y 1954. En la línea de este libro, se inscriben otros trabajos de Peraza, como los que versan sobre el contrato agrario y los censos en Canarias, o sobre el heredamiento de aguas de Orotava. Congruente con esta dirección, Peraza de Ayala aborda también el estudio de grupos sociales en Canarias, acercándose a los trabajos de Antonio Domínguez Ortiz.

Peraza de Ayala deja un gran vacío en Canarias, donde ha entrado en el terreno del mito y de la leyenda. El «Anuario» pierde uno de sus más antiguos colaboradores, y de sus más adictos lectores. Personalmente, pierdo un gran amigo, al que debo, en el terreno académico, una estrecha y eficaz colaboración durante los años que ejercí la Cátedra en La Laguna, y, en el terreno personal, una importante contribución a mi gratísima estancia en Tenerife. Está próxima a publicarse la obra completa de Peraza de Ayala, lo que facilitará la estimación de su aportación a la Historia del Derecho.

JESUS LALINDE ABADÍA

† SYLVIA ROMEU ALFARO (1938-1988)

Ha muerto Sylvia Romeu. No me interesa ahora su obra científica ni voy a llenar esta página con los títulos de sus trabajos. El estilo de las notas necrológicas suele adecuarse a la descripción de vidas y obras que tuvieron amplio desarrollo y un final, siempre lamentable pero dilatado. El caso de Sylvia es diferente. Morir sin cumplir cincuenta años es morir muy pronto. Su repentino fallecimiento nos duele a sus amigos. En el Departamento de Historia del Derecho (que no sé si subsiste o en qué nueva entidad se habrá subsumido) se insertó Sylvia, al final de los años cincuenta, y allí coincidimos cuando el Prof. García González comenzó a dirigirle la tesis. Siempre he sido amigo suyo y en calidad de tal he conocido sus problemas, sus dolencias y sus dolores. Me queda ahora la sensación, cristalizada ya para siempre, de no haberle prestado toda la ayuda personal que necesitaba. Quizá porque nunca la pedía.

En este Anuario colaboró Sylvia Romeu con frecuencia. Consulte los índices el lector curioso o desmemoriado. No me apetece hacer ahora esa tarea. Sólo quiero, con un poco de mala conciencia, dedicar a su memoria un recuerdo amistoso, triste y póstumo.

F T. y V.